



## Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques

François Collart Dutilleul, Fabrice Riem

### ► To cite this version:

François Collart Dutilleul, Fabrice Riem. Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques. Institut Universitaire Varennes; Collection Colloques & Essais. L.G.D.J, 2013, 9782916606767. hal-01081733

**HAL Id: hal-01081733**

**<https://hal.science/hal-01081733>**

Submitted on 20 Nov 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives| 4.0 International License







DROITS FONDAMENTAUX,  
ORDRE PUBLIC  
ET LIBERTÉS ÉCONOMIQUES



© Collection « Colloques & Essais »  
Éditée par l'Institut Universitaire Varenne  
Directeurs scientifiques : Daniel POUZADOUX et Jean-Pierre MASSIAS

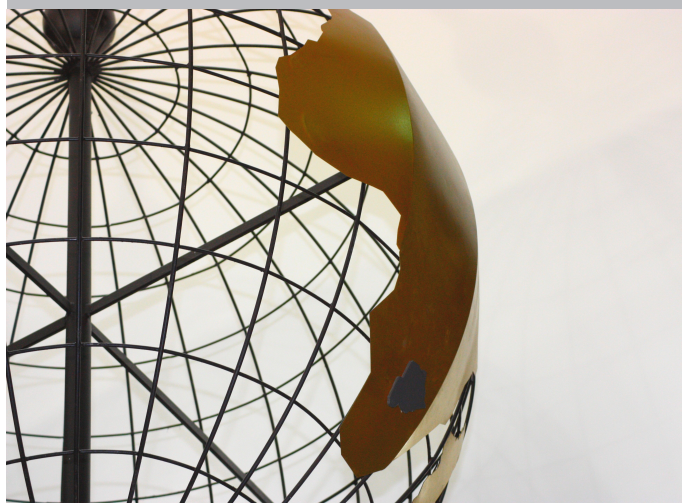
Diffusion : L.G.D.J

Illustration de couverture :  
*Pavillon Afrique de l'Exposition universelle de Shangai (Chine, 2010).*  
Photo réalisée par Jean-Philippe BUGNICOURT (Programme Lascaux)

ISBN 978-2-916606-76-7  
Dépôt légal : second trimestre 2013

*Sous la direction scientifique de  
François Collart Dutilleul et Fabrice Riem*

# DROITS FONDAMENTAUX, ORDRE PUBLIC ET LIBERTÉS ÉCONOMIQUES



*Actes du colloque organisé à l'UFR pluridisciplinaire de Bayonne le 17 février 2012  
par le Centre de Documentation et de Recherches Européennes (CDRE)  
et le Programme ERC Lascaux en droit de la sécurité alimentaire mondiale  
(Université de Nantes)*

2 0 1 3



# Programme européen de recherche **LASCAUX**

---

Le Programme Lascaux (2009-2014) est dirigé par François Collart Dutilleul, Professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France.

Les travaux menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Conseil européen de la recherche au titre du 7<sup>e</sup> programme-cadre de la Communauté européenne (7<sup>e</sup> PC/2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

Ces travaux ne reflètent que les opinions de leurs auteurs et l'Union n'est pas responsable de l'usage qui pourrait être fait des données figurant dans les publications.



Union  
européenne



7<sup>e</sup> Programme-  
Cadre de  
Recherche et  
Développement  
(PCRD)



Conseil  
européen  
de la recherche



Programme  
Lascaux



## Préface

*François COLLART DUTILLEUL*

---

C'est une longue histoire qui a conduit à l'organisation commune d'une journée d'étude entre le programme Lascaux de Nantes et le Centre de Documentation et de Recherches Européennes de Bayonne (CDRE). La rencontre pouvait apparaître improbable dans la mesure où les champs d'investigation de Lascaux et du CDRE ne sont pas les mêmes. Le programme Lascaux est un programme international de recherche en droit sur les questions relatives à la sécurité alimentaire dans le monde. Il y est question d'accès à la terre, à l'eau et à l'alimentation, d'accaparement des terres, de droit agraire, de propriété industrielle sur les variétés végétales et animales, sur les semences, sur les intrants sanitaires et phytosanitaires. Il y est aussi question de droit du commerce international des produits de l'agriculture, de la spéculation internationale sur les matières premières agricoles, des crises alimentaires, crises sanitaires, des causes juridiques des famines et de la malnutrition. On peut dire que le programme Lascaux traite de quantité de thèmes qui n'ont que peu de place dans la littérature juridique européenne.

En réalité, cette histoire a commencé lorsque j'ai rencontré Alain Bernard sur les bancs du Conseil National des Universités, engageant alors avec lui un dialogue sur de nombreux sujets d'intérêt commun. Lorsque le programme Lascaux a vu le jour, début 2009, c'est vers lui que je me suis tourné pour profiter de sa fine connaissance des sciences sociales, pour tirer parti de ses idées, pour éprouver les miennes et pour échanger des conseils de lecture. Si



petit à petit une doctrine Lascaux commence à prendre forme, elle a pour partie son origine quelque part entre Ustaritz et Bayonne et elle doit beaucoup à l'approche iconoclaste qu'Alain Bernard privilégie comme méthode de recherche dans la mesure où cela le conduit à ne jamais s'en tenir aux apparences dans lesquelles la tradition et la pensée commune voudraient nous enfermer.

Fabrice Riem s'est ensuite joint à nos échanges en nous faisant profiter de sa culture juridique et de ses analyses en droit économique. Car nos échanges entre juristes sont constamment attentifs à la dimension interdisciplinaire des sujets que nous abordons.

Cela nous a conduit, pour cette journée d'étude commune, à croiser nos routes autour de différentes questions dont le centre de gravité est constitué par les droits fondamentaux et qui nous font osciller entre leurs dimensions individuelle et collective, entre le droit européen et le droit international, entre l'économique et le social, entre l'ordre public des droits fondamentaux et les désordres des marchés, entre les droits fondamentaux qui sont assortis d'un accès à un juge et ceux qui ne le sont pas.

Y a-t-il une hiérarchie entre les droits fondamentaux et peut-on dire que ces droits n'accèdent à l'effectivité que lorsqu'ils ne contraignent pas les libertés économiques ? Dans l'affirmative, comment peut-on reconstruire des hiérarchies au profit de valeurs non marchandes ?

La logique individualiste des droits fondamentaux ne se heurte-t-elle pas à la dimension collective des problèmes économiques et sociaux liés à la construction du marché européen et au développement de la mondialisation des échanges ? Dans l'affirmative, quels moyens juridiques devraient-ils être mis en œuvre dans le « système économique » pour assurer le respect des valeurs portées par les droits fondamentaux ?

Si ces questions se posent toutes, directement ou indirectement, dans l'espace juridique dans lequel les droits fondamentaux croisent les intérêts économiques, elles sont centrales dans le programme Lascaux.

En effet, quand on confronte droit et alimentation dans un même discours, les questions posées par la faim dans le monde, la pauvreté, la crise alimentaire sont celles qui reviennent le plus souvent, et ce sont alors les droits fondamentaux qui viennent immédiatement à l'esprit. Le réflexe s'explique parfaitement bien puisque, lorsque la lumière est braquée sur la situation des plus démunis, des plus vulnérables, les droits fondamentaux font bien souvent office d'ultimes remparts derrière lesquels on cherche à les abriter. Les solutions qu'ils apportent sont cependant plus ou moins efficaces. Très paradoxalement, en effet, ces droits élémentaires, qui ont leur place au sommet de la hiérarchie, montrent beaucoup de faiblesses juridiques et il n'est pas certain, dès lors, qu'ils puissent constituer un remède adapté à l'objectif de sécurité alimentaire.

Le doute vient avant tout de l'observation selon laquelle ces droits fondamentaux – et le droit à l'alimentation en premier lieu – sont des droits individuels. Or, qu'il s'agisse des déséquilibres contractuels, de la défense des droits sociaux, des cas de famine ou d'insécurité alimentaire, les problèmes ont une nature systémique commune. La voie des droits fondamentaux peut-elle, dans ces conditions, offrir une solution durable ou adaptée à ces situations ? Rien n'est moins sûr. Il est clair, par exemple, qu'on ne viendra pas à bout des crises alimentaires en se contentant de faire en sorte que près d'un milliard de personnes puissent déposer un recours devant une juridiction – lorsqu'elle existe – afin de faire respecter leur droit fondamental.

À supposer que la voie des droits fondamentaux puisse être approfondie et enrichie, resterait la question de la concurrence ou de la hiérarchie qui peut exister entre des droits de même nature. Dans chaque famille, il y a la différenciation entre les « droits de » et les « droits à ». Entre le droit du travail pour ceux qui ont un emploi et le droit au travail pour ceux qui n'en ont pas, le droit de l'alimentation pour ceux dont l'assiette est pleine et le droit à l'alimentation pour ceux dont l'assiette est vide, il y a des risques de confusion ou de télescopage. Ces risques touchent d'ailleurs tous les droits fondamentaux qui sont liés à un besoin lui-même fondamental de l'être humain : santé, logement, éducation... Au sein de chaque famille, l'un des risques vient de ce que le « droit de » passe parfois pour une réponse satisfaisante au « droit à » correspondant, ce qui n'est pas le cas. Mais les plus grandes difficultés surgissent lorsque s'opposent des droits issus de familles différentes. Mettre en balance le droit « à » l'eau et le droit « de » propriété, comme en témoigne la jurisprudence arbitrale du CIRDI sur les investissements internationaux<sup>1</sup>, rend le jeu inégal entre les deux droits fondamentaux au profit du second. On observe d'ailleurs que, sous couvert de la protection très forte du droit de propriété, ce sont en réalité les libertés économiques qui sont protégées.

Dès lors, la question de la hiérarchie entre les droits fondamentaux se déporte vers celle de la coexistence entre les « droits à » et les libertés économiques. Quelles peuvent être les modalités de cette coexistence ?

Au plan européen la coexistence est encore loin d'être pleinement assurée. Mais la voie tend malgré tout à se dégager : il y a en effet une charte dédiée aux droits fondamentaux, un juge dédié à cette charte et, par l'effet du Traité de Lisbonne, une portée juridique pour cette charte équivalente à celle des traités.

Le paysage est beaucoup moins dégagé au plan international. Cela vient notamment de ce que les politiques publiques nationales de mise en œuvre des droits fondamentaux sont freinées, sinon bloquées, par l'intransigeance

<sup>1</sup> V. dans cet ouvrage : « Le droit fondamental à l'alimentation ».

libérale du droit de l'OMC. Cela est particulièrement patent dans les pays en développement dans lesquels les politiques d'accès à l'alimentation ou aux médicaments se heurtent aux règles issues des accords de Marrakech.

Dans ce contexte difficile, l'une des hypothèses, que cette journée d'étude avait précisément le projet d'explorer, est qu'il est possible d'assurer la coexistence entre les droits fondamentaux et les libertés économiques pour peu qu'on intercale entre eux le respect d'un « ordre public ». Car l'ordre public est avant tout un véhicule juridique pour les politiques publiques. D'où le titre de la journée d'étude co-organisée par le CDRE et le programme Lascaux.

Transposée dans le programme Lascaux, la question revient à se demander si l'on peut envisager d'utiliser la réserve faite de l'ordre public (*public Policy* dans les versions en anglais) dans de nombreux textes internationaux pour permettre aux États, au nom de l'impératif de sécurité alimentaire (nourrir la population du pays, surmonter une crise alimentaire, éradiquer une famine...), de justifier des mesures nationales de restrictions au libre commerce (des matières premières agricoles) ou au libre investissement (dans les terres agricoles, par exemple).

Compte tenu de l'objet de la justification (sécurité alimentaire), la réserve de l'ordre public permettrait alors de faire prévaloir des droits fondamentaux sur les échanges libéraux de marchandises ou de capitaux. Cela permettrait ainsi de véhiculer en droit international des valeurs qui ne sont pas visées explicitement dans les textes. Reste à déterminer les limites dans lesquelles l'exception d'ordre public pourrait être mise au service des valeurs portées par les droits fondamentaux et à déterminer parmi ces droits ceux qui pourraient être concernés. L'enjeu n'est pas le même selon qu'il est question des droits sociaux, du droit à l'alimentation, de la situation financière des terroristes, des personnes morales... Le présent ouvrage, qui retrace la richesse des échanges auxquels cette journée d'étude a donné lieu, a modestement commencé l'exploration. La voie est ouverte.

# Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques.

## Introduction

*Fabrice RIEM*

Le 17 février 2012 s'est tenue à Bayonne une journée d'étude co-organisée par le Centre de Documentation et de Recherches Européennes<sup>1</sup> et le programme Lascaux (programme de recherche sur le droit des activités agricoles et agroalimentaires dans le monde)<sup>2</sup> sur le thème : « Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques ».

L'objectif de la journée d'étude était de s'interroger sur les moyens d'assurer ou de renforcer l'effectivité des droits fondamentaux solennellement proclamés par de nombreux instruments juridiques, mais paraissant s'assécher au contact des libertés économiques et des « impératifs » du marché.

Les progrès accomplis par l'Union européenne dans le domaine de la protection des droits de l'homme et des droits fondamentaux sont incontestables, même si l'on peut s'étonner de la faible mobilisation pour des questions directement liées aux droits fondamentaux : l'implication britannique lors du transfert de prisonniers vers la Lybie de Kadhafi, les atteintes à la liberté d'expression en Hongrie<sup>3</sup>, le sort fait aux Roms, par exemple<sup>4</sup>. L'attribution du prix Nobel de la paix à l'Union européenne peut sans doute être

<sup>1</sup> CDRE (EA 3004), Bayonne, dir. H. LABAYLE.

<sup>2</sup> Dir. F. COLLART DUTILLEUL, Université de Nantes.

<sup>3</sup> Cf. HUMAN RIGHTS WATCH, *Memorandum to the European Union on Media Freedom in Hungary*, february 16, 2012.

<sup>4</sup> Cf. J. LACROIX, « Droits de l'homme et politique. 1980-2012 », *La Vie des idées*, 11 septembre 2012.

justifiée par ce que le Président du Comité Nobel considère comme étant « *le résultat le plus important de l'Union : la lutte réussie pour la paix, la réconciliation, la démocratie et les droits de l'homme* ». Mais elle ne parvient guère à faire oublier, comme le reconnaît d'ailleurs ledit Président, les « *graves difficultés économiques et les troubles sociaux considérables* » que traverse l'Europe depuis 2007. Ces derniers ont, eux aussi, directement à voir avec les droits fondamentaux des citoyens européens, ainsi, d'ailleurs, qu'avec la question démocratique<sup>5</sup>.

En effet, l'usage que les acteurs du marché font parfois des libertés économiques (dont la libre circulation des capitaux) que leur reconnaît le droit positif a sa part dans ces « *graves difficultés économiques* » et dans les troubles sociaux qui en procèdent. Constitutives de l'ordre du marché, les libertés économiques peuvent faire subir aux droits fondamentaux les assauts les plus radicaux. Plusieurs travaux – dont certaines des contributions ici publiées – ont montré que la place des droits fondamentaux dans les ordres juridiques oscillait entre deux tendances : d'une part, celle d'un renforcement grâce à la proclamation de catalogues étoffés de droits ; d'autre part, celle d'une subordination assez nette aux libertés économiques<sup>6</sup>. Les droits fondamentaux seraient menacés toutes les fois qu'ils se trouvent confrontés à la mobilité transnationale des acteurs économiques ou à l'impérialisme des activités économiques, et ce, en dépit de leur promotion en tant que « *principes constitutionnels* » de l'Union ?<sup>7</sup> C'est, sans doute, qu'il ne faut pas « *confondre deux niveaux : celui de la proclamation des droits et celui de leur effectivité* »<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Le 23 mai 2012, le Comité européen des droits sociaux (saisi par des syndicats grecs) a rendu deux décisions constatant la violation de certaines dispositions de la Charte sociale européenne révisée de 1961 par des mesures législatives d'austérité adoptées par la Grèce. Le Comité affirme que « *la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte. Les gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir* ». Par ailleurs, si « *une plus grande flexibilité dans le travail* » peut être rendue nécessaire par la crise, ces réaménagements ne doivent pas pour autant « *conduire à priver de larges catégories de salariés [...] de leurs droits fondamentaux en matière de travail, contre l'arbitraire de l'employeur ou les aléas de la conjoncture* ». Cf. CEDS, 23 mai 2012, *GENOP-DEI et ADEDY c/ Grèce*.

<sup>6</sup> Cf. not. M.-A. MOREAU, « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *Dr. Soc.*, mars 2010, p. 324.

<sup>7</sup> CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission*, Aff. jointes C-402/05P et C-415/05P, pt 285.

<sup>8</sup> J.-J. SUEUR, « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », in J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, 2009, p. 34.

## I. DES RELATIONS TUMULTUEUSES

Il serait erroné d'affirmer sans plus de nuances que les libertés économiques affaiblissent systématiquement les droits fondamentaux. La jurisprudence ressemble davantage à une œuvre de Kandinsky qu'à un tableau de Courbet. Les droits fondamentaux prospèrent ici, les libertés économiques s'épanouissent là<sup>9</sup> ; ils forment parfois un couple harmonieux, comme ils peuvent s'affronter, si bien que toute tentative de tirer des leçons définitives de leur rencontre relève de la gageure. *Prima facie*, les droits fondamentaux obscurcissent le droit davantage qu'ils ne le clarifient.

Le juriste est ainsi promené de difficultés en difficultés. L'articulation des droits et libertés renvoie à la figure de la poupée russe : chaque problème juridique soulevé en dissimule un autre et, une fois déconstruite, la poupée se montre rebelle à la reconstruction, les pièces s'emboîtant mal les unes dans les autres. En réalité, la problématique des libertés économiques et des droits fondamentaux est affaire de casuistique et requiert des arbitrages permanents.

D'abord, parce que tous les droits fondamentaux ne se valent pas. La « fondamentalité » des droits reste relative<sup>10</sup>. Il existe des hiérarchies, au moins implicites et en construction permanente, entre les droits fondamentaux eux-mêmes<sup>11</sup>. Il est évident que la dignité humaine et le droit de se syndiquer ne se valent pas en dépit de leur appartenance à la famille des droits fondamentaux. Ensuite, en raison de la nature trouble de certains droits fondamentaux qui protègent la personne humaine autant qu'ils fondent le marché. Le droit de propriété en est l'exemple le plus patent<sup>12</sup>. Le respect du droit de propriété « *est à la fois un droit de l'homme et un principe*

<sup>9</sup> Cf. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Facultés Universitaire Saint-Louis, Bruylant, 2009, spéc. p. 339.

<sup>10</sup> Elle l'est d'autant plus que, comme le relève V. CHAMPEIL-DESPLATS, le caractère fondamental d'un droit ou d'une liberté est souvent invoqué spontanément, sans référence à un texte précis. Cf. « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RD*, 2007, n° 1, p. 21. Il semble qu'il manque un critère précis de qualification, malgré les efforts doctrinaux en ce sens. Dans une littérature abondante, cf. D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les notions de libertés et de droits fondamentaux en droit privé », *JCP G* 2007, I, 211 ; E. DREYER, « Du caractère fondamental de certains droits », *Revue de la recherche juridique*, 2006-2, p. 1.

<sup>11</sup> Cf. J.-P. MARGUÉNAUD, « La conciliation de la libre circulation des marchandises et des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDCiv.* 2003, p. 773. L'auteur rappelle qu'une « distinction importante » doit être faite entre les droits fondamentaux qui « ne tolèrent aucune restriction » et ceux qui « sont susceptibles de certaines limitations justifiées par des objectifs d'intérêt général » ; par exemple, CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, *Europe* 8-9/2003, 15, obs. A. RIGAUX et D. SIMON.

<sup>12</sup> Cf. L. DUMOULIN, « Droits fondamentaux et mesures antiterroristes : l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes », cet ouvrage ; J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « Le droit de propriété est-il un droit fondamental ? », *Mélanges Ph. Ardent*, LGDJ, 1999, p. 373.

de fonctionnement du libre marché »<sup>13</sup>. Selon le contexte dans lequel il sera invoqué, ce droit à caractère hybride pourra ainsi tout aussi bien « justifier des activités économiques ou marchandes que des activités animées par des valeurs [...] humanistes ou sociales »<sup>14</sup>. Un constat analogue pourrait être dressé, quoiqu'avec certaines précautions<sup>15</sup>, à propos de la liberté contractuelle, liberté à l'évidence économique (elle fonde le marché qui est une myriade de contrats), mais qui protège aussi l'individu<sup>16</sup>. Ces difficultés redoublent lorsque les libertés économiques sont elles-mêmes qualifiées de « libertés fondamentales », parfois encore de « droits fondamentaux »<sup>17</sup>.

L'histoire même des droits fondamentaux, comme celle des droits de l'homme, explique en partie ces relations tumultueuses. C'est en effet par la plupart des droits reconnus dans les premières déclarations des droits de l'homme que l'économie de marché a pu s'enraciner<sup>18</sup>. Ils ont historiquement servi le capitalisme naissant<sup>19</sup>. Le droit de l'Union européenne conduit à un constat analogue : la proclamation de droits fondamentaux a d'abord rempli une fonction d'intégration du marché. Certains États membres menaçaient de ne pas respecter la primauté du droit communautaire tant que la Communauté européenne n'offrirait pas une protection équivalente à celle assurée par leurs constitutions<sup>20</sup>. La jurisprudence inaugurale de la Cour de justice des communautés européennes sur les droits fondamentaux

**13** M. MEYER-BISCH, « L'écoéthique. Interférences entre logiques économiques et logique des droits de l'homme », in *Éthique économique et droits de l'homme, La responsabilité commune*, Éd. Universitaires Fribourg (Suisse), 1998, p. 35.

**14** V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, PU de Paris-Ouest, 2011, p. 25.

**15** J.-P. MARGUÉNAUD, « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », *Revue des Contrats*, 2009, p. 1211.

**16** Cf. N. BAREÏT, « La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme », cet ouvrage ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », *RDC*, 3/2011, p. 949 ; C. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009.

**17** Par ex., CJCE, 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, pt 37 ; v. aussi les conclusions de l'avocate générale STIX-HACKL présentées le 18 mars 2004 dans l'affaire C-36/02, *Omega*, qui considérait que « les libertés fondamentales peuvent, au moins dans une certaine mesure, parfaitement être considérées sur un plan matériel comme des droits fondamentaux » (pt 50).

**18** M. SALAH, « L'économie de marché et les droits de l'homme », *Revue internationale de droit économique*, 1996, p. 159. L'émergence des droits de l'homme, écrit l'auteur, est « liée à l'apparition du système de l'économie de marché », laquelle les a sollicités « pour assurer son fonctionnement et son développement ».

**19** *Ibid.*

**20** Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, BverfGE 37, 271. Cf. O. DE SCHUTTER, « L'Europe des droits de l'homme : un concerto à plusieurs mains », in E. BRIBOSIA, L. SCHEEK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des Cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 259 et s.

était donc motivée par le souci de ne pas entraver le processus d'intégration européenne naissant.

Instruments d'approfondissement du marché intérieur et des libertés économiques, autant que fondements d'une « Union centrée sur l'homme », les droits fondamentaux « *tels qu'appréhendés par la doctrine et le juge européen apparaissent comme un révélateur des tensions caractéristiques de cet ordre juridique singulier qu'est l'Union européenne* »<sup>21</sup>. Tensions que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne incarne parfaitement lorsqu'elle proclame, côte à côte, la liberté d'entreprise et la dignité humaine. La Commission européenne peut promettre que l'objectif de la Charte est de « *permettre aux personnes de jouir effectivement des droits fondamentaux* »<sup>22</sup>. Aux personnes ? Oui, physiques *et* morales<sup>23</sup>. Les droits fondamentaux, que l'on aurait pu imaginer rares parce que repliés sur quelques valeurs essentielles et destinés à la personne humaine<sup>24</sup>, sont en réalité pléthoriques et se prêtent à la défense des intérêts les plus divers<sup>25</sup>. L'émiettement des droits et la démultiplication du nombre de leurs bénéficiaires les affaiblissent, les banalisent<sup>26</sup> et permettent, comme l'écrit sans détour Emmanuel Dreyer<sup>27</sup>, toutes les manipulations<sup>28</sup>.

**21** Cf. M. BENLOLO-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Entre instrumentalisation et fondamentalisation », in D. ROMAN (dir.), *Droit des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, <http://www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article696>, p. 84 et s.

**22** Rapport de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport 2010 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 30 mars 2011, COM(2011) 160 final, p. 2.

**23** L'article 1<sup>er</sup> de la Convention EDH vise « *toute personne* », y compris les personnes morales, et certains droits de la Convention ont été étendus à ces dernières. Cf. K. GARCIA, « Les droits fondamentaux des personnes morales », cet ouvrage.

**24** Cf. E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, chr. 748, spéc. p. 749 : afin de « *justifier le caractère fondamental attribué à un droit [...] il faut que ce droit ait pour objet de protéger la dignité de l'homme. C'est cet objet particulier qui lui donne son importance* ». Voir aussi J.-M. SAUVÉ, « Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques », introduction in Colloque de la Société de législation comparée, Conseil d'État, 12 octobre 2012. Le vice-président du Conseil d'État observe que la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales « *ne s'imposait pas nécessairement d'un point de vue historique* » et que « *les droits fondamentaux auraient pu être conçus comme l'expression de ce qu'il convient de défendre chez l'être humain pour qu'il reste homme (ou femme). Les entreprises auraient donc pu avoir des droits, sans que ceux-ci ne soient qualifiés de fondamentaux* ».

**25** A. BAILLEUX, *op. cit.* (n. 9), n° 1096, p. 442.

**26** Cf. à propos des droits sociaux, J. MOULY, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *Droit social*, sept.-oct. 2002, p. 799.

**27** E. DREYER, *op. cit.* (n. 24), p. 751.

**28** Cf. A. BERNARD, « La guerre des farines », cet ouvrage, qui teste, à l'aide de l'histoire, l'hypothèse selon laquelle l'universalisation pourrait se traduire par une dépossession davantage que par une généralisation du pouvoir et des droits.



La logique des droits fondamentaux tend à réaliser, lorsqu'elle prend cette inclinaison, le « *vieux rêve ultra-libéral* »<sup>29</sup>, celui d'un droit horizontal où tout se vaut, où il n'y a « *plus de valeurs transcendantes* »<sup>30</sup>. La casuistique des droits fondamentaux tend, *en apparence tout au moins*, à abolir toute hiérarchie entre les valeurs.

Il est certain que l'extrême complexité des rapports entre les différents ordres normatifs (nationaux, européen et international)<sup>31</sup> a fait voler en éclats la représentation de l'ordre juridique incarnée par Kelsen<sup>32</sup>. Les droits fondamentaux seraient ainsi des « *charnières entre les ensembles juridiques, car ils remplissent une double fonction, d'une part statique (de liaison et de rattachement) et d'autre part dynamique (de régulation des flux normatifs)* »<sup>33</sup>. Sans doute. Mais il faudrait creuser leur rôle dans cet « *ordonnement non hiérarchique du multiple* »<sup>34</sup>. Leur fonction n'est-elle pas aussi, justement, d'*organiser* le multiple et le (désormais) non-hiérarchique ? L'hypothèse mérite d'être vérifiée : les droits fondamentaux sont aussi des charnières entre les deux grands ordres, celui du marché et celui des droits de l'homme.

Pareille évolution conduit à « *exalter* »<sup>35</sup> le rôle politique du juge. Le postulat de la pensée positiviste, opposant un législateur souverain au juge serviteur se trouve en effet remis en cause. La promotion des droits fondamentaux en tant que « *principes constitutionnels* » de l'Union les place sans doute hors de portée de l'exécutif et du législateur, mais pas du juge. Ce dernier trouve dans la double tension qui parcourt la construction européenne – tension entre, d'une part, l'unité et la diversité et, d'autre part, entre les impératifs économiques et les valeurs marchandes – d'indéniables marges de liberté et de pouvoir. Le juge est devenu le maître de cet ordonnancement non hiérarchique du multiple et dispose d'un quasi-pouvoir constituant. En

**29** L'expression a été utilisée par Mireille DELMAS-MARTY lors du colloque de Nice : « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique ». Elle n'apparaît pas dans la version écrite de l'auteur (« Pluralisme juridique et effectivité du droit économique : comment humaniser la mondialisation ? », in L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (dir.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011, p. 503 et s.).

**30** A. TROIANIELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003/2 (n° 124), p. 58.

**31** Dans une littérature très abondante, voir J.-S. BERGÉ, « Interactions du droit international et européen. Approche du phénomène en trois étapes dans le contexte européen », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, juillet 2009, chron. 4 ; G. RABU, « La mondialisation et le droit : éléments macro-juridiques de convergence des régimes juridiques », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2008, p. 335 et s.

**32** Sur le phénomène en droit économique, cf. par exemple, F. TERRÉ et M.-A. FRISON-ROCHE, « Présentation », *L'Année Sociologique*, 49, n° 2, 1999, p. 288 et s.

**33** M. DELMAS-MARTY, « Avant propos », in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pédone, 2009.

**34** *Ibid.*

**35** A. TROIANIELLO, art. cit. (n. 16).

faisant « *saillir les intérêts contradictoires* », les droits fondamentaux font alors courir le risque d'une « *guerre juridique de tous contre tous* »<sup>36</sup>. Ce danger n'a pas échappé à l'Avocat général près la Cour de justice européenne, M. Póiaras Maduro. Dans la célèbre affaire *Viking*<sup>37</sup>, ce dernier n'hésitait pas à en appeler à « *l'esprit de solidarité* » qui devrait animer les salariés de toute l'Europe. Autoriser, sans plus de précaution, des actions collectives de marins protestant contre la décision de leur employeur finlandais de rattacher désormais leurs contrats de travail au droit estonien – plus accueillant – comporterait un risque : celui de « *créer une atmosphère de représailles permanentes entre groupes sociaux de différents États membres, ce qui pourrait gravement menacer le marché commun et l'esprit de solidarité qui y est ancré* »<sup>38</sup>.

Ce droit horizontal n'offre en aucun cas de solutions au conflit des droits fondamentaux et des libertés économiques, désormais « *saisis au moyen d'une même catégorie* »<sup>39</sup>. Il n'est qu'un point de départ, une sorte de « pré-construction » de ce nouvel ordonnancement juridique. « *En fonction des contextes argumentatifs dans lesquels ils sont mobilisés et des finalités poursuivies par leur invocation* »<sup>40</sup>, il appartiendra au juge de (re)construire une hiérarchie, fut-elle provisoire. L'outil majeur en est le contrôle de proportionnalité. Mais il y a peu de chances qu'il permette de valoriser des droits qui seraient contraires à la « *logique d'ensemble du système* », comme l'observe Yves Poirmeur dans cet ouvrage.

## II. RETROUVER LA « LOGIQUE D'ENSEMBLE DU SYSTÈME »

La tâche est fort complexe<sup>41</sup>. Il paraît hâtif d'ériger les libertés économiques en unique matrice du système. Max Weber, contre Marx et le libéralisme, répudie l'idée d'une détermination univoque par l'économie. Il préfère les causalités complexes. Dans l'un de ses ouvrages les plus connus, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*<sup>42</sup>, il s'efforce de mesurer l'influence des idées – ici des représentations religieuses – sur un phénomène économique, celui du capitalisme<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking line*, Rec. 2007, I-10779 ; conclusions de l'Avocat général M. POIARES MADURO présentées le 23 mai 2007.

<sup>38</sup> Conclusions préc., pt 68.

<sup>39</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. cit. (n. 10), p. 19.

<sup>40</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. cit. (n. 14), p. 26.

<sup>41</sup> Cf. Alain BERNARD, cet ouvrage, qui revient, par l'histoire, sur la construction de cette logique.

<sup>42</sup> Plon, 1994.

<sup>43</sup> Sur la question, voir notamment S. KALBERG, *Les valeurs, les idées et les intérêts. Introduction à la sociologie de Max Weber*, La Découverte, 2010.

Quel que soit le rôle des idées et des « intérêts »<sup>44</sup> – donc des logiques multiples qui animent le système – il reste cependant possible d'affirmer que ce dernier est imprégné d'une logique dominante, celle qui érige le marché en impératif catégorique au sens kantien du terme. Le néolibéralisme est devenu le modèle dominant. Or, ce dernier se veut beaucoup plus « organisateur »<sup>45</sup> que le vieux libéralisme manchestérien. La doctrine néolibérale sait que le marché ne relève pas de la nature, du laissez-faire. La concurrence – perçue comme un modèle d'efficacité et de progrès économique et social – suppose une attention constante de la part de l'autorité publique. L'État et son droit ont ainsi fait du marché une politique publique<sup>46</sup> ; une politique active destinée à établir et à maintenir un « *ordre concurrentiel* », un ordre monétaire stable, ce qui montre bien la dimension constructiviste de la doctrine, laquelle était absente du libéralisme classique. En d'autres termes la concurrence est devenue un « *art gouvernemental* », selon l'expression de Michel Foucault<sup>47</sup>. Au lieu d'accepter une liberté de marché surveillée et limitée par l'État, il faut au contraire généraliser la logique du marché et faire d'elle le régulateur de l'État lui-même<sup>48</sup>. L'économie est ainsi devenue « *la référence pour la construction du politique – l'économie produit la légitimité nécessaire à l'État – mais aussi du lien social* »<sup>49</sup>. L'art gouvernemental consiste dès lors à « *instaurer les conditions pour que fonctionnent l'économie de marché et la concurrence* »<sup>50</sup>. Cette concurrence fait bien entendu l'objet d'une régulation par le droit, mais elle paraît « [échapper] à une régulation qui ne reproduirait pas à l'identique la logique concurrentielle qu'il s'agit d'encadrer »<sup>51</sup>. La construction européenne se trouve dans une configuration identique et a recouru aux mêmes outils : il s'est agi, par le marché, de faire advenir une entité politique.

44 A. BERNARD et F. RIEM, « Les régulations financières » in L. BOY, J.-B. RACINE, J.-J. SUEUR (dir), *op. cit.* (n. 29), spéc. p. 140 et s.

45 Cf. Ch. LAVAL, « Mort et résurrection du capitalisme libéral », *Revue du MAUSS*, 1/2007 (n° 29), p. 393 et s. ; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil/Gallimard, 2004, cf. spéc. la leçon du 14 février 1979, p. 135 et s.

46 K. POLANYI, *La grande transformation*, Gallimard, 1983 (pour la traduction) française, p. 321 : « le marché a été la conséquence d'une intervention consciente et souvent violente de l'État, qui a imposé l'organisation du marché à la société pour des fins non économiques ».

47 M. FOUCAULT, *op. cit.* (n. 45).

48 J.-Y. GRENIER et A. ORLÉAN, « Michel Foucault, l'économie politique et le libéralisme », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 5/2007 (62<sup>e</sup> année), p. 1155 ; M. FOUCAULT parle d'un « État sous surveillance du marché, plutôt qu'un marché sous surveillance de l'État » (cf. M. FOUCAULT, *op. cit.* [n. 45], p. 120).

49 J.-Y. GRENIER et A. ORLÉAN, *op. cit.* (n. 48), p. 1165 ; M. FOUCAULT, *op. cit.* (n. 45), p. 85 et 86 : le philosophe décrit la « fondation légitimante de l'État sur l'exercice garanti d'une liberté économique ».

50 J.-Y. GRENIER et A. ORLÉAN, *op. cit.* (n. 48), p. 1166.

51 J.-J. SUEUR, « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit économique et droits de l'Homme*, Larcier, 2009, p. 123.

Tout irait très bien si l'idéologie politique néolibérale et la théorie économique du marché se présentaient comme un corps de doctrine cohérent et complet qu'il suffirait de faire passer dans la réalité par des mesures adaptées. Les faits démentent cette hypothèse. Loin de constituer une théorie bien définie et consensuelle, la théorie néoclassique de l'économie se présente, chez les économistes eux-mêmes, comme le lieu d'interminables controverses. Car le marché ne relève pas du monde des choses, mais de celui des constructions imaginaires<sup>52</sup>. Il s'avère plutôt comme un « répertoire de justifications »<sup>53</sup> utilisé par les acteurs dans des sens différents, parfois incompatibles. Mais cela importe peu. Une forme de vérité nouvelle – un « catéchisme à vocation performative »<sup>54</sup> – a pris corps au fur et à mesure qu'elle s'est incarnée dans des institutions sociales orientées par le nouveau paradigme.

*L'interprétation des droits fondamentaux ne peut être que conditionnée par cette construction de la société (et non seulement de l'économie) par le marché.* Il semble en effet raisonnable d'admettre, ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse, que le « référentiel »<sup>55</sup> détermine, au moins en partie, la politique menée et engage l'avenir sur une voie spécifique<sup>56</sup>. Une action politique justifiée par la réalisation sur terre de la grandeur divine, le bonheur de la population, la poursuite de l'intérêt général ou le marché concurrentiel ne produira pas le même résultat.

La protection des droits fondamentaux paraît, dans ce contexte, construite comme une exception au principe de la liberté économique et ne prospère dès lors qu'à des conditions restrictives. Les droits fondamentaux ne sont pas « des normes de légitimation » de pratiques attentatoires à l'exercice des libertés économiques. Ils sont appréhendés comme des « normes potentiellement perturbatrices de l'ordonnancement économique et social voulu par les traités »<sup>57</sup>. Si bien que ni l'attention que porte la Cour de justice à la protec-

<sup>52</sup> Cf. A. BERNARD, cet ouvrage.

<sup>53</sup> N. JABKO, *L'Europe par le marché. Histoire d'une stratégie improbable*, Presses de Sciences-Po, 2009, p. 21.

<sup>54</sup> P. HASSENTEUFEL, « De la comparaison internationale à la comparaison transnationale. Les déplacements de la construction d'objets comparatifs en matière de politiques publiques », *Revue française de science politique*, vol. 55, n° 1, février 2005, p. 127.

<sup>55</sup> Cette notion de « référentiel » désigne un ensemble de valeurs, de normes et de représentations définissant un cadre général pour l'interprétation du monde. Sur la question, cf. particulièrement, B. JOBERT et P. MULLER, *L'État en action : Politiques Publiques et Corporatismes*, PUF, 1987 ; P. MULLER, « Esquisse d'une théorie du changement dans l'action publique. Structures, acteurs et cadres cognitifs », *Revue française de science politique*, vol. 55, n° 1, février 2005, p. 155 et s. Cf. également M. SMYRL, « Vers un retour du politique dans le néo-institutionnalisme », *Pôle Sud*, n° 23, novembre 2005, p. 115 et s.

<sup>56</sup> Cf. V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. cit. (n. 14), p. 26 : « Les droits de l'homme ne sont que des mots dont la signification et les valeurs qu'ils véhiculent dépendent de l'interprétation de ceux qui les mobilisent, et donc de conceptions idéologiques. »

<sup>57</sup> Ch. MAUBERNARD, « La conciliation entre les libertés du marché intérieur et les droits fondamentaux. Considérations générales et problématique actuelle », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2011, chron. n° 5.

tion des droits fondamentaux, ni l'énumération des droits qu'offre la Charte « *ne modifient le déséquilibre fondamental qui existe dans le traité entre les libertés économiques et les droits fondamentaux* »<sup>58</sup>.

Ce n'est pas dire que les droits fondamentaux soient dédaignés. L'insistance avec laquelle ils sont proclamés et la jurisprudence déjà étoffée de plusieurs juridictions nationales et internationales attestent du contraire. Mais une certaine confiance est accordée aux mécanismes du marché pour les satisfaire, tout au moins pour assouvir les valeurs dont ils sont porteurs. C'est ainsi, par exemple, qu'aux termes de l'article 151 TFUE<sup>59</sup>, les États membres estiment que l'amélioration des conditions de vie et de travail résultera notamment « *du fonctionnement du marché intérieur* ». De la même manière, l'objectif du marché est de servir le droit à l'alimentation<sup>60</sup>. En définitive, il est assez aisé de s'accorder sur un objectif de « progrès social » ou de lutte contre la pauvreté. Lors du Sommet mondial pour le développement social de Copenhague<sup>61</sup>, 118 chefs d'États et de gouvernements se sont dits déterminés à faire « *de la lutte contre la pauvreté, de la réalisation du plein emploi et de l'instauration d'une société où règne la justice* » leur objectif suprême. Ils ont déclaré vouloir placer l'être humain au cœur du développement. Les mots sont forts, mais ce ne sont que des mots qui offrent les plus larges marges d'interprétation. La véritable question est celle des moyens d'y parvenir. Ce moyen peut-il résider dans la proclamation de droits fondamentaux ?

<sup>58</sup> Nous empruntons à O. DE SCHUTTER, *Ancrer les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, rapport établi à la demande de la DG Justice et affaires intérieures de la Commission européenne dans la perspective de la Convention sur l'avenir de l'Europe, mars 2002, p. 48. L'auteur fait ce constat à propos des droits *sociaux* fondamentaux, mais son observation vaut pour l'ensemble des droits fondamentaux, du moins tous ceux qui ne bénéficient pas d'un caractère « *indérogeable* », comme l'interdiction de la torture et/ou des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 CEDH.

<sup>59</sup> L'article 151 TFUE assigne certains « *objectifs* » sociaux à l'Union européenne qui sont autant de reconnaissances implicites des droits fondamentaux.

<sup>60</sup> Cf. F. COLLART DUTILLEUL, « Heurs et malheurs du droit fondamental à l'alimentation », cet ouvrage.

<sup>61</sup> « Sommet mondial pour le développement social, Copenhague, 6-12 mars 1995 », *Revue Quart Monde*, n° 7, 1998 ; communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 21 décembre 1994, relative aux priorités de l'Union européenne au sommet mondial pour le développement social (Copenhague, mars 1995) [COM(1994) 669 final - Non publié au *Journal officiel*].

### III. INDIVIDUALISME DES DROITS FONDAMENTAUX VS LOGIQUE SYSTÉMIQUE DES PROBLÈMES

*La logique individualiste des droits fondamentaux ne se heurte-t-elle pas à la dimension collective des problèmes économiques et sociaux liés à la construction du marché européen et au développement de la mondialisation des échanges ?*<sup>62</sup> C'est la question de la journée d'étude. L'un de nos objectifs a été de chercher à y répondre à partir d'un droit emblématique, peut-être le « *premier des droits* », selon l'expression d'Yves Poirmeur, celui dont on attend qu'il satisfasse les « *besoins primaires* »<sup>63</sup> : le droit à l'alimentation. La voie des droits fondamentaux est manifestement devenue insuffisante. Elle l'est parce que, s'agissant de près d'un milliard de personnes qui ne mangent pas suffisamment, on imagine mal que la solution juridique puisse résider dans l'exercice d'un droit individuel. Les droits fondamentaux se fondent sur une conception abstraite des personnes en tant que « *titulaires de droits* »<sup>64</sup>. On postule que la réalité sociale est gouvernée par le primat des droits. Mais, dans le domaine du droit à l'alimentation, la rhétorique des droits fondamentaux peine à trouver une traduction pratique.

Et si les droits fondamentaux n'étaient pas du droit ? La suggestion paraîtra provocatrice. Il n'en est rien<sup>65</sup>. La philosophe Hannah Arendt avait décrit les droits de l'homme comme des « *droits vides (les droits de ceux qui n'ont pas de droits)* » ou comme des droits « *réductibles à une tautologie (les droits du citoyen ou les droits de ceux qui ont déjà des droits)* »<sup>66</sup>.

La dignité humaine illustre parfaitement cette assertion. La dignité constitue, selon les explications du *Praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *la base même des droits fondamentaux* »<sup>67</sup>. Elle appartient sans conteste à la catégorie des droits qui, comme l'écrit Jean-Pierre Marguénaud, « *ne tolère aucune restriction* »<sup>68</sup>. Il reste que, tant qu'elle n'est pas créditée d'un contenu positif, la dignité humaine risque de rester, selon l'expression forte du Doyen Vedel,

<sup>62</sup> 43 millions de citoyens européens souffrent de pauvreté alimentaire (Comité économique et social européen, assemblée plénière des 19 et 20 janvier 2011, 4 février 2011), plus de 900 millions dans le monde, tout de même.

<sup>63</sup> Cf. *infra*, J.-B. RACINE, table ronde sur « la nécessité de reconstruire des hiérarchies entre les droits fondamentaux ».

<sup>64</sup> M. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982.

<sup>65</sup> A. BAILLEUX, *op. cit.* (n. 9), n° 1101, p. 443 : « *les droits fondamentaux ne sont pas du droit ; ils ne sont que le matériau qui aidera à la confection de celui-ci* ».

<sup>66</sup> H. ARENDT, *Les origines du totalitarisme*, Points Seuil, 1951, p. 239 et s.

<sup>67</sup> « Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux », *JOUE*, 14 décembre 2007, n° C 303/17.

<sup>68</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *art. cit.* (n. 11), p. 773.

« *une coquille vide* »<sup>69</sup>. En revanche, le droit de grève, le droit de se syndiquer, bref la possibilité d'agir pour l'amélioration ou la préservation des conditions de travail, pour obtenir un salaire décent, ne sont certainement pas des droits « *inhérents à la nature humaine* »<sup>70</sup>. Leur « *fondamentalité* » est sujette à discussion. Ils contribuent cependant à doter la dignité humaine d'un contenu positif<sup>71</sup>. Mieux encore, de « *simples* » règles d'ordre public paraissent promptes à remplir cette fonction. C'est ainsi, par exemple, que le Tribunal de Grande Instance de Lyon a récemment rendu un jugement fort intéressant sur les nouvelles techniques de *management* dans l'entreprise, telles que le *benchmarking*<sup>72</sup>. Les salariés réclamaient des méthodes de *management* humaines. Plusieurs instances (médecine du travail, assistantes sociales, syndicats) avaient noté « *une atteinte à la dignité des personnes par leur dévalorisation permanente utilisée pour créer une compétition ininterrompue entre les salariés* ». Le Tribunal donna gain de cause aux salariés en interdisant à l'employeur d'avoir recours à « *une organisation du travail fondée sur le Benchmark* », mais au visa plus prudent des articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail. L'obligation de sécurité-résultat qui pèse sur l'employeur a permis d'armer la protection de la dignité des personnes d'un contenu positif<sup>73</sup>.

À l'inverse, on se souvient que le Conseil d'État avait déclaré que la distribution aux plus démunis de soupe *au porc* par une association d'extrême droite était « *susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public* »<sup>74</sup>. Était-il nécessaire de convoquer la dignité humaine ? Le risque de trouble à l'ordre public n'était-il pas un motif à la fois suffisant et plus pertinent d'interdiction de cette manifestation ?

<sup>69</sup> J.-P. MASSIAS, « L'espérance du droit n'exige pas l'expérience du droit... », entretien avec Georges VEDEL, *Revue de justice constitutionnelle est-européenne*, PU de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, n° 1/2002.

<sup>70</sup> TROIANIELLO, art. cit. (n. 16).

<sup>71</sup> La dignité des « *travailleurs pauvres* » serait-elle mieux défendue par la seule invocation du droit fondamental à la dignité humaine que par des actions collectives que pourraient mener ces travailleurs afin de réclamer un salaire leur permettant de vivre dignement ?

<sup>72</sup> TGI Lyon, 1<sup>er</sup> ch., sect. 2, 4 sept. 2012, *Syndicat Sud BPCE c/ Caisse d'Épargne Rhône-Alpes Sud*.

<sup>73</sup> La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que certaines méthodes de gestion pouvaient être constitutives de harcèlement moral, indépendamment de toute intention de nuire (cf. Cass. soc., 10 nov. 2009, *Association Salon Vacances Loisirs*, n° 07-45321, Bull. civ. n° 247, *Dr. Soc.* 2010, 109, obs. Ch. RADÉ).

<sup>74</sup> Conseil d'État, ordonnance en référé du 5 janvier 2007 n° 300311, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c/ l'association « Solidarité des français »* : « *Considérant que l'arrêté contesté prend en considération les risques de réactions à ce qui est conçu comme une démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public.* »



Est-ce à dire que les droits fondamentaux n'ont qu'une utilité très modeste ou essentiellement rhétorique ? Certainement pas. Mais faut-il encore les « *doter de prérogatives* »<sup>75</sup>, sans quoi ils restent des droits vides, des droits « *à comptabilité négative* »<sup>76</sup>. C'est ainsi, par exemple, qu'en adoptant des directives pour la mise en œuvre du droit à l'alimentation, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) indique comment le droit fondamental à l'alimentation doit être mis en œuvre et concrétisé.

Il reste que, en l'état, le droit à l'alimentation ne résiste pas aux contraintes du marché. Il est une simple « *bulle* » à l'intérieur du système économique qui est lui-même gouverné par d'autres droits encore plus fondamentaux (droit de propriété, libre concurrence). Pour la FAO, le droit fondamental à l'alimentation s'inscrit dans un contexte de concurrence qui doit être préservé, quitte à pousser encore la libéralisation des échanges afin de réduire la pauvreté<sup>77</sup>. Le référentiel a la vie dure.

Dans la mesure où le marché n'atteint pas totalement ces objectifs, la mise en œuvre de certains droits fondamentaux est complétée, pour les exclus, par des aides publiques<sup>78</sup> : aide publique alimentaire, fonds européen d'ajustement à la mondialisation, par exemple<sup>79</sup>. L'« État » est donc contraint de mener une politique double. D'une part, il fournit au marché les instruments juridiques indispensables au fonctionnement de l'économie de marché<sup>80</sup>. D'autre part, il prend les mesures indispensables pour assurer la survie de la société, de l'homme et de la nature. Cette politique d'apparence contradictoire est en réalité parfaitement conforme à la « *logique d'ensemble du système* ». Pierre Dardot et Christian Laval rappellent que « *la responsabilité individuelle et la charité sous ses différentes formes sont les seuls vrais remèdes*

**75** F. COLLART DUTILLEUL, « Heurs et malheurs du droit fondamental à l'alimentation », cet ouvrage.

**76** *Ibid.*

**77** Cette incantation apparaît comme un leitmotiv dans plusieurs discours du directeur général de l'OMC, Pascal LAMY.

**78** Comme l'écrit J.-J. SUEUR, l'émergence des droits sociaux fondamentaux était déjà liée « *à la crise globale du capitalisme et au dérèglement de l'économie de marché* ». Ils n'ont manifestement pas suffi à enrayer ces dérèglements. Cf. J.-J. SUEUR, art. cit. (n. 51), p. 119.

**79** Le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation a été créé en 2006 afin de fournir un soutien aux travailleurs affectés par les restructurations. Il a été réformé par le Règlement (CE) n° 546/2009 (Règlement du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009, modifiant le Règlement n° 1927/2006 portant création du Fonds européen d'ajustement à la mondialisation, JOUE, n° L 167/26 du 29 sept. 2009) afin d'élargir le champ de son intervention : apporter une aide aux travailleurs qui perdent leur emploi directement en raison de la crise économique et financière. Ce Fonds est cependant contesté par huit États membres, dont l'Allemagne et le Danemark (cf. *Liaisons Sociales Europe*, n° 292, 15-28 déc. 2011, p. 2) ; l'aide alimentaire est elle-même remise en cause aujourd'hui (cf. F. COLLART DUTILLEUL, cet ouvrage).

**80** J. MAUCOURANT, « Une lecture de Karl Polanyi », *L'Économie politique*, n° 12, 2001-4, p. 90 et s.



aux problèmes de pauvreté »<sup>81</sup>. Dans la doctrine ordolibérale – version allemande, puis européenne du néolibéralisme – la « politique sociale » devrait se limiter à « une législation minimale protectrice des travailleurs et à une redistribution fiscale très modérée destinée à ce que chacun puisse toujours continuer de participer au jeu du marché »<sup>82</sup>.

L'Avocat général Poiares Maduro ne dit pas autre chose, dans ses conclusions sur l'affaire *Viking*, lorsque, après avoir invité les travailleurs de toute l'Europe à « accepter les conséquences négatives récurrentes qui sont inhérentes à la création par le marché commun d'une prospérité croissante », il préconise que la société offre « un soutien économique à ces travailleurs qui, à cause des forces du marché, rencontrent des difficultés »<sup>83</sup>.

Jean-Jacques Sueur écrivait que l'Europe des droits de l'homme « n'est pas le lubrifiant de l'Europe du marché, encore moins un supplément d'âme pour cette Europe-là »<sup>84</sup>. Son jugement paraîtra sévère. Peut-être les droits fondamentaux contribuent-ils justement à lubrifier la mécanique grinçante du marché. Ce n'est sans doute pas beaucoup plus satisfaisant.

Pour sortir de cette situation, il faudrait que les textes sur les droits fondamentaux cessent de former des ensembles par trop « étanches » par rapport à d'autres ensembles, eux-mêmes étanches, tels les textes sur l'Organisation Mondiale du Commerce, par exemple<sup>85</sup>.

#### IV. L'ÉTANCHÉITÉ DES TEXTES

Il existe bien des tentatives de rupture avec cette étanchéité. En reconnaissant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la même valeur juridique que les traités, le traité de Lisbonne a réalisé un pas important dans cette direction, même si la perméabilité des deux ensembles – l'Europe des droits fondamentaux et celle du marché – est encore toute relative<sup>86</sup>. Des

<sup>81</sup> P. DARDOT et Ch. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, Poche, 2010, p. 207.

<sup>82</sup> *Ibid.* Les auteurs poursuivent : « La politique sociale devrait ainsi se contenter de la lutte contre l'exclusion, thème [...] qui permet de conjoindre la doctrine chrétienne de la charité et la philosophie néolibérale de l'intégration de tous au marché par la responsabilisation individuelle. Le terme 'social' peut donc désigner tout au plus chez certains ordolibéraux le filet de sécurité nécessaire aux plus démunis qui ne peuvent pas ou plus participer au libre jeu concurrentiel ».

<sup>83</sup> Voir *supra* conclusions précitées, pt 59.

<sup>84</sup> J.-J. SUEUR, art. cit. (n. 8), p. 31. Voir aussi A. BAILLEUX, *op. cit.* (n. 9), n° 1096, p. 442 : les droits de l'homme sont « loin d'apparaître systématiquement comme des boucliers destinés à protéger l'individu contre la logique destructrice du marché ».

<sup>85</sup> Sur cette étanchéité, v. par exemple M. DELMAS-MARTY, art. cit. (n. 29), p. 509.

<sup>86</sup> Pour une interprétation plus optimiste, cf. M. RASK MADSEN, « La fabrique des traités européens. Une analyse de la genèse et évolution de la charte des droits fondamentaux », *Revue française de*

progrès restent à l'évidence à accomplir. Les développements de l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>87</sup> pourraient y contribuer. L'on ne peut que regretter que la Commission européenne ait annoncé le retrait de la proposition de règlement sur l'exercice du droit de grève *dans le contexte* des libertés économiques<sup>88</sup>. Le texte affichait l'ambition de rompre avec l'étanchéité évoquée plus haut<sup>89</sup>, mais il n'a pas bénéficié du soutien de nombreux pays européens<sup>90</sup>.

Est-il possible de rompre avec cette logique ? Comment construire les droits fondamentaux afin qu'ils ne restent pas des droits « *à comptabilité négative* » ?

On pouvait penser que le droit international privé aurait beaucoup à dire sur l'activité des acteurs économiques qui interviennent dans l'arène internationale. Le constat est plutôt celui du « *trou noir* »<sup>91</sup>. Tout au contraire, « *une inversion des relations traditionnelles entre l'autorité de l'État et l'autonomie des acteurs privés* » peut être observée<sup>92</sup>. Cette évolution renforce le pouvoir des acteurs économiques et favorise la mise en concurrence des ordres juridiques, laquelle produit des effets délétères sur les droits fondamentaux. La notion de *jus cogens* a aussi été examinée<sup>93</sup>. Mais elle paraît « *trop incertaine dans sa définition, et trop rare dans ses applications pour ordonner l'ensemble* »<sup>94</sup>.

Faut-il songer à de nouveaux instruments, adopter de nouveaux textes ? N'y a-t'il pas un potentiel inexploré dans les textes existants, quitte à les retourner ou à les (re)découvrir ?<sup>95</sup>

*science politique*, vol. 60, 2012/2, p. 279. L'auteur estime que l'une des conséquences des similitudes – incontestables – entre la Charte européenne des droits fondamentaux et la Convention EDH « *est que la Cour de justice devrait évidemment [...] utiliser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme comme point de départ, ce qui signifie que 'l'Europe du marché' – l'UE – et 'l'Europe des droits de l'homme' ont inévitablement fusionné* ».

**87** Traité sur l'Union européenne, art. 3, § 2 ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, titre V, art. 67 et s.

**88** Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, 21 mars 2012, COM (2012) 130 final.

**89** Les regrets ne sont cependant que relatifs dans la mesure où l'exposé des motifs du texte prévenait que ce dernier ne devait pas conduire à « *renverser la jurisprudence de la Cour* » ; cf. F. RIEM, « Les droits sociaux fondamentaux dans le contrat social européen », cet ouvrage.

**90** Cf. S. PETITJEAN, « Détachement des travailleurs. La Commission annonce le retrait de la proposition Monti II », *Europolitique Social*, n° 242, sept. 2012, p. 1.

**91** H. MUIR WATT, « Politique du droit international privé : réflexion critique », cet ouvrage.

**92** H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010/1 (t. XXIV, 1), p. 103 et s.

**93** Cf. not. M.-A. MARTIN LOPEZ, « Le droit à l'alimentation comme norme impérative générale et la nullité des clauses des traité le transgressant », cet ouvrage et la table ronde n° 1 sur « la nécessité de reconstruire des hiérarchies entre les droits fondamentaux ».

**94** M. DELMAS-MARTY, art. cit. (n. 29), p. 507.

**95** Voir en particulier l'intervention de Dominique ROSENBERG, cet ouvrage, table ronde n° 2 et H. MUIR WATT, « Politique du droit international privé : réflexion critique », cet ouvrage.

C'est ainsi que la voie de l'ordre public a été explorée<sup>96</sup>. Elle pourrait remettre en cause l'étanchéité entre les textes dédiés aux droits fondamentaux et ceux relatifs aux échanges économiques. La notion d'ordre public est directement visée, pour préserver un minimum de souveraineté des États, dans divers textes européens ou internationaux sur le commerce, sur le droit international privé ou sur l'arbitrage. Elle fonctionne un peu comme s'il y avait des « droits fondamentaux des États », indépassables en dépit des abandons de souveraineté liés à la signature d'accords internationaux. Il ne s'agit pas de revaloriser le concept de souveraineté comme le réclament, par exemple, plusieurs ONG qui revendiquent la « *souveraineté alimentaire* ». Le concept risque de se muer en piège dans la mesure où, juridiquement, c'est au nom de cette souveraineté que les États se lient pieds et mains devant l'OMC, l'Union européenne ou le FMI. Jean-Baptiste Racine pointe un autre effet pervers que pourrait produire l'appel à l'ordre public<sup>97</sup>. L'ordre public étant une exception aux libertés de circulation<sup>98</sup>, ranger les droits fondamentaux dans cette catégorie comporterait le risque de conforter leur place marginale dans la mesure où il faudrait toujours prouver que l'entrave au commerce est légitime et justifiée.

Pour sortir de cette impasse, il s'agirait donc davantage de laisser la place à une sorte « d'ordre public interne à portée internationale ». Cela permettrait au demeurant de contourner les difficultés de trouver un consensus sur des valeurs communes et universelles à la manière de Mireille Delmas-Marty. Cela donnerait à chaque État la possibilité d'affirmer ce qui est indépassable et intouchable chez lui (à chacun ses valeurs propres à sa culture<sup>99</sup>), de le faire respecter internationalement en dérogeant, le cas échéant, à l'OMC, au droit international des brevets ou encore de remettre en cause un contrat d'accaparement de terres par un pays riche sur le territoire d'un pays pauvre, de s'opposer à la brevetabilité d'une caractéristique génétique d'un végétal issu de son territoire, entre autres exemples.

Cet « ordre public interne à portée internationale » est un mécanisme connu en droit international privé sous le nom de « *lois de police* »<sup>100</sup>. Dans

<sup>96</sup> Dans la droite ligne de l'une des préoccupations centrales du programme Lascaux. Cf. <http://www.droit-aliments-terre.eu/>

<sup>97</sup> Cet ouvrage, table ronde n° 1.

<sup>98</sup> Par exemple, CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Commission c/ Luxembourg* : « l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation de service devant être entendue strictement » (pt 30).

<sup>99</sup> Cf. l'intervention de Sylvestre YAMTHIEU lors de la table ronde n° 2, cet ouvrage.

<sup>100</sup> Le Règlement « Rome I » du 17 juin 2008 (Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE L 177 du 4 juillet 2008, p. 6) les définit : « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi

ce domaine, l'ordre public exerce une fonction d'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. L'intervention de l'ordre public est alors exceptionnelle, n'ayant généralement lieu qu'en cas de contrariété à des valeurs essentielles du for<sup>101</sup>. La technique des lois de police perturbe donc l'agencement traditionnel : elles ont vocation à revendiquer leur compétence selon leurs propres critères, de manière telle que beaucoup considèrent que leur rôle devrait rester marginal. Mais leur utilité est manifeste. Sans se confondre avec l'ordre public interne<sup>102</sup>, les lois de police « *sont un outil permettant de contribuer à la préservation de certains intérêts dont la sauvegarde est nécessaire dans un cadre internationalisé* »<sup>103</sup>.

En d'autres termes, il s'agit de savoir si la réserve faite de « l'ordre public » (*public Policy*, dans les versions en anglais) dans de nombreux textes internationaux pourrait permettre aux États, au nom, notamment, de l'impératif de sécurité alimentaire (nourrir la population du pays, surmonter une crise alimentaire, éradiquer une famine) de justifier de mesures nationales de restriction au libre commerce (des matières premières agricoles) ou au libre investissement (dans les terres agricoles, par exemple).

Compte tenu de l'objet de la justification (sécurité alimentaire), la réserve de l'ordre public permettrait alors de faire prévaloir des droits fondamentaux sur les échanges libéraux de marchandises ou de capitaux. Cela permettrait de véhiculer en droit international des valeurs qui ne sont pas visées explicitement dans les textes. Aucun texte de l'OMC ne permet positivement cela<sup>104</sup>. Mais au nom de l'ordre public, réservé dans l'article 27 de l'accord ADPIC, il serait possible de limiter la portée internationale des brevets sur les semences (OGM notamment).

Cette voie ne semble pouvoir prospérer que si une place suffisante est laissée à l'ordre public dans les textes européens et internationaux. En droit social européen, la « réserve d'ordre public » est contenue dans limites très strictes<sup>105</sup>. C'est en droit international privé qu'on la trouve le plus souvent

*applicable au contrat d'après le présent règlement* » (art. 9, al. 1<sup>er</sup>) ; CJCE, 23 novembre 1999, Aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. FALLON.

**101** Cf. J.-B. RACINE, « Droit économique et lois de police », *RIDE*, 2010/1 - t. XXIV, 1, p. 61 et s.

**102** Elles constituent, en quelque sorte, une « *catégorie intermédiaire d'ordre public* » (cf. J.-B. RACINE, art. cit.[n. 101], p. 63).

**103** J.-B. RACINE, art. cit. (n. 101), p. 64, qui montre que « *cette technique offre le moyen de construire un ordre public lui-même internationalisé* ».

**104** Cf. J. BURDA, « La justiciabilité des droits sociaux fondamentaux au travail », in D. ROMAN (dir.), *op. cit.* (n. 21), p. 261 et s., spéc. p. 268 et s.

**105** Cf. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Commission c/ Luxembourg* ; F. RIEM, « Détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : précisions sur les conditions du recours à l'exception d'ordre public », *JCP (G)* 2009, I, 107 ; Cour AELE, 28 juin 2011, *Autorités de surveillance AELE c/ Islande*, aff. E-12/10, J.-Ph. LHERNOULD, « Les règles du maintien du salaire ne font pas partie du noyau dur de la directive 96/71 », *Liaisons sociales Europe*, n° 290, 17-30 nov. 2011, p. 8.

dans des textes internationaux. Il y a là peut-être un exemple à suivre en le transposant à des textes substantiels comme ceux de l'OMC ou de l'UPOV<sup>106</sup>. Pourquoi ne pas raisonner aussi par analogie avec la question du travail des enfants qui a pu justifier des évolutions du droit international et de la jurisprudence : un comportement d'une entreprise (contrat, joint venture, délocalisation, *forum shopping*) qui conduirait à faire travailler des enfants serait répréhensible. Si ce comportement conduit à accentuer une crise alimentaire ou sociale, ne pourrait-il pas en aller pareillement dans le domaine du droit à l'alimentation ou du droit social ?

Si les problèmes d'effectivité des droits fondamentaux paraissent avoir une cause systémique commune, l'enjeu et donc les réponses ne sont certainement pas les mêmes selon qu'il est question des droits sociaux, du droit à l'alimentation, de la dignité humaine, du droit au logement, de la situation financière des terroristes présumés ou des droits fondamentaux des personnes morales. Mais il paraît difficile d'assurer la coexistence entre les droits fondamentaux et les libertés économiques, fût-ce par le truchement de l'ordre public, sans construire des hiérarchies. Le test de proportionnalité, avec ses défauts, semble constituer l'horizon indépassable de ce couple.

Ce sont ces différentes questions que la journée d'étude avait le projet d'explorer. D'intenses discussions se sont engagées, articulées autour de deux thématiques principales. D'abord, celle du choc entre la dimension individuelle des droits fondamentaux et la dimension collective des problèmes économiques et sociaux liés à l'internationalisation des échanges (1<sup>re</sup> Partie). Une table ronde sur la nécessité de construire de nouvelles hiérarchies entre droits et libertés fondamentaux a prolongé ces réflexions. La seconde préoccupation était de rechercher les moyens juridiques permettant d'assurer le respect des valeurs portées par les droits fondamentaux, le constat étant celui de frictions entre « l'ordre public des droits fondamentaux » et les désordres causés par le marché (2<sup>e</sup> Partie et table ronde n° 2).

<sup>106</sup> L'Union pour la protection des données végétales (UPOV) est une organisation intergouvernementale qui a adopté une « convention internationale pour la protection des obtentions végétales ». Cf. <http://www.upov.int/portal/index.html.fr>.

PREMIÈRE PARTIE

---

LES DROITS FONDAMENTAUX,  
ENTRE DIMENSION INDIVIDUELLE  
ET DIMENSION COLLECTIVE



## Les droits sociaux fondamentaux dans le « contrat social » européen

*Fabrice RIEM*

33

L'expression « contrat social » a été utilisée par l'Avocat général près la Cour de justice européenne, M. Poiares Maduro, dans l'affaire *Viking* qui concernait la décision d'un armateur finlandais de rattacher désormais les contrats de travail de ses marins au droit estonien, au nom de la liberté d'établissement<sup>1</sup>. Le litige qui s'était élevé à la suite d'une action collective menée par un syndicat international devait le conduire à se prononcer sur le conflit entre l'exercice, par les salariés, du droit de grève et celui, par une entreprise, d'une liberté économique.

Il fit une déclaration extrêmement importante : « *l'ordre économique européen est solidement ancré dans un contrat social : les travailleurs de toute l'Europe doivent accepter les conséquences négatives récurrentes qui sont inhérentes à la création par le marché commun d'une prospérité croissante* »<sup>2</sup>. Étonnante opinion destinée à étayer un raisonnement juridique. Opinion qui vaut d'être confrontée à celle d'un professeur de droit : « *Les droits sociaux fondamentaux devraient servir de critère d'acceptation de mesures nationales restreignant les échanges pour des raisons socio-économiques* ».

<sup>1</sup> CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking line*, Rec. 2007, I-10779.

<sup>2</sup> Conclusions de l'Avocat général POIARES MADURO présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire C-438/05, pt 59.



Deux opinions radicalement opposées qui seraient relativement anodines si elles n'émanaient de la même personne<sup>3</sup>.

Le Professeur Poiars Maduro estime que la construction européenne ne peut être réduite à « *une simple fonction d'intégration du marché* »<sup>4</sup>. Appelé à occuper l'une des plus hautes fonctions doctrinales de la construction européenne, il invite les travailleurs – ou certains d'entre eux – à accepter la dégradation de leurs conditions de travail car « *la possibilité pour une société de déménager dans un État membre où ses coûts d'exploitation seront inférieurs est cruciale à la poursuite d'un commerce intra-communautaire efficace* »<sup>5</sup>. Du sacrifice, donc, pour le bien-être de tous puisque « *la réalisation du progrès économique par le commerce intracommunautaire implique fatalement* » des risques pour les travailleurs<sup>6</sup>.

Passée quasiment inaperçue dans le cortège des commentaires de la retentissante affaire *Viking*<sup>7</sup>, la déclaration de l'Avocat général est d'une grande richesse. Elle éclaire des solutions que la seule technique juridique n'explicite que partiellement. Comment comprendre, en effet, que le droit de grève, d'abord consacré par la Cour de justice comme étant un droit fondamental, soit ensuite traité comme s'il ne l'était pas ? La Cour ne fournit aucune explication, sinon qu'aucun droit, fût-il fondamental, ne saurait être absolu – ce qu'on savait déjà – et qu'en cas de conflit avec un autre droit fondamental, il convient de procéder à une conciliation. Cela suffisait-il à justifier une application mécanique du régime des entraves aux libertés de circulation ? La protection des travailleurs, notamment pour des raisons d'ordre public, permet déjà de justifier une entrave. Certes, les conditions en sont très strictes, mais la solution ne dépend pas de la reconnaissance d'un droit fondamental. En d'autres termes, la consécration d'un nouveau droit fondamental par la Cour n'impliquait-elle pas un raisonnement particulier ?<sup>8</sup>

Faut-il en déduire un mépris pour les droits fondamentaux qui seraient, pour reprendre l'expression d'Emmanuel Dreyer, des « *attrape-nigauds* »

<sup>3</sup> Pour l'opinion du professeur, cf. M. POIARES MADURO, « L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union européenne », in Ph. ALSTON (dir.), *L'UE et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, p. 465, spéc. p. 489. Ces positions divergentes pourraient trouver une explication dans l'ouvrage de M. DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, La Découverte, 1999.

<sup>4</sup> En préconisant une solution radicale, celle de transformer les programmes sociaux et la législation fragmentaire existante – par exemple les programmes de lutte contre la pauvreté – en droits individuels conférés aux citoyens européens. M. POIARES MADURO, art. cit. (n. 3), p. 465.

<sup>5</sup> Conclusions précitées, pt 57.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pt 58.

<sup>7</sup> Voir cependant B. EDELMAN, « Droit du travail, droit de la concurrence – Un nouveau contrat social », *D.* 2009, p. 1547.

<sup>8</sup> B. BERCUSSON et I. OMARJEE, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne ? », *RDT* 2008, p. 74.

destinés à « *légitimer un système qui multiplie par ailleurs les injustices* »<sup>9</sup> ? La publicité que l'Union fait des droits fondamentaux et leur faible effectivité au contact des libertés économiques pourraient le laisser penser.

Le succès des droits fondamentaux dans l'ordre juridique européen était porteur d'un espoir, celui de la simplicité. Il pouvait en être attendu qu'une hiérarchie claire soit établie entre ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas. Tout au moins, le caractère fondamental de certains droits devrait les singulariser<sup>10</sup>. L'arrêt *Kadi* rendu le 3 septembre 2008 par la Cour de justice des communautés européennes promettait un renforcement de la place des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes de l'Union européenne, la Cour ayant considéré que le respect de ces droits devait être compris comme l'un des « *principes constitutionnels* » de l'Union<sup>11</sup>.

Le succès des droits fondamentaux – dans les textes européens, comme dans les discours sur l'Europe – n'est peut-être pas étranger à leur affadissement. Quand tout devient fondamental, plus rien ne l'est vraiment<sup>12</sup> et c'est plutôt le « flou du droit » que les droits fondamentaux importent au cœur du projet européen<sup>13</sup>.

Dans sa thèse monumentale<sup>14</sup>, A. Bailleux a cherché à dresser une « cartographie » des interactions entre les libertés de circulation et les droits fondamentaux. L'auteur conclut à une tectonique des deux plaques produisant ce qu'il nomme des « *hiérarchies enchevêtrées* » faites de conflits et d'alliances<sup>15</sup>. En somme, la dynamique des droits fondamentaux dessinerait une « *réalité juridique [...] mouvante, insaisissable et largement désordonnée* »<sup>16</sup>. Elle n'offrirait aucune autre solution qu'une « *régulation prétorienne des tensions sociales* »<sup>17</sup>. Leur rencontre impliquerait ainsi des « *arbitrages permanents* » dont on connaît les conséquences en termes de sécurité juridique<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> E. DREYER, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, chron., 753.

<sup>10</sup> Cf. C. MAUBERNARD, « Conciliation des droits et libertés fondamentaux dans le marché intérieur », *RDLF*, 2011, chron. n° 5, <http://webu2.upmf-grenoble.fr/rdlf/?p=654>.

<sup>11</sup> CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakat c/ Conseil et Commission*, Aff. jointes C-402/05P et C-415/05P, pt 285.

<sup>12</sup> Cf. D. LÉVIS, « Pour l'instauration d'un ordre de prééminence au sein des droits fondamentaux », *Rev. fr. dr. constit.*, n° 84, 2010/4, p. 713.

<sup>13</sup> A. TROIANIELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, n° 124, 2003/2, p. 58.

<sup>14</sup> A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruylant, 2009.

<sup>15</sup> Dans certains cas, écrit-il, la protection de ceux-ci paraît primer ou équivaloir à l'objectif de l'intégration économique, dans d'autres, ils sont ravalés au rang de simple raison d'intérêt général ou de finalité politique quelconque (*ibid.*, p. 339).

<sup>16</sup> *Ibid.*, n° 1104, p. 453.

<sup>17</sup> A. TROIANIELLO, art. cit. (n. 13).

<sup>18</sup> Cf. Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, 21 mars 2012,

Arbitrages permanents, sans doute, mais plusieurs études ont montré qu'ils conduisaient à privilégier nettement les libertés économiques<sup>19</sup>. Non pas que les droits fondamentaux n'aient aucune place dans cette construction – c'est même tout le contraire. Mais il semble que les libertés économiques, libertés de nature constitutionnelle en Europe, jouent le rôle d'un « filtre », qu'elles tamisent les droits fondamentaux pour ne laisser passer que ceux qui apparaissent nécessaires *ou* compatibles avec l'intégration économique. En d'autres termes, il y aurait un fil rouge sur ce qui, dans la jurisprudence, ressemble à un manteau d'Arlequin.

Pour retrouver ce fil rouge, il est un point de départ commode : le projet politique qui a servi de matrice à la construction européenne, celui d'une « économie sociale de marché » (I). La façon dont ce projet a trouvé à s'incarner dans le droit positif (II) conduit à s'interroger sur l'effectivité des droits sociaux fondamentaux (III).

## I. LA MATRICE POLITIQUE : L'ÉCONOMIE SOCIALE DE MARCHÉ

L'Europe a adopté et traduit en termes juridiques un modèle économique spécifique<sup>20</sup> que l'article 3 du Traité sur l'Union européenne rappelle discrètement : l'Union doit œuvrer pour le développement d'une Europe fondée sur une « *économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social* ».

---

COM (2012) 130 final, exposé des motifs, p. 10, qui exprime le souci d'un « *renforcement de la sécurité juridique en ce qui concerne l'équilibre entre les droits sociaux et les libertés économiques* ». La préoccupation est clairement affichée : « *Une insécurité juridique persistante pourrait entraîner une perte du soutien apporté au marché unique par une part importante des parties prenantes et créer un environnement hostile pour les entreprises pouvant s'accompagner de comportements protectionnistes* », ainsi que dissuader « *les syndicats d'exercer leur droit de grève* ».

**19** Parmi une littérature abondante : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, PU de Paris Ouest, 2011, p. 27 et s. ; M.-A. MOREAU, « Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires », *DS*, 2010, p. 324 ; P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *DS*, 2010, p. 573 ; M. BENLOLO-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Entre instrumentalisation et fondamentalisation », in D. ROMAN (dir.), *Droit des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, <http://www.gip-recherche-justice.fr/spip.php?article696>, p. 84 et s. ; O. DE SCHUTTER, « Ancrer les droits fondamentaux dans l'Union européenne, II. Assurer la cohérence du système européen de protection des droits fondamentaux », rapport établi à la demande de la Commission européenne, DG Justice et affaires intérieures, dans la perspective de la convocation de la Convention sur l'avenir de l'Europe, mars 2002, p. 48.

**20** Ch. JOERGES, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue internationale de droit économique*, 3/2006 (t. XX, 3), p. 247.

Cette notion est très importante puisqu'elle constitue le fondement doctrinal de la construction européenne<sup>21</sup>. Le concept est admirable par sa capacité fédératrice<sup>22</sup>. Mais il ne faut pas se laisser prendre au piège des mots. La tentation est grande d'y voir une volonté « *d'offrir un contrepoids social aux considérations du marché* »<sup>23</sup>. Or, c'est tout le contraire. En 1938, les partisans d'un libéralisme rénové se réunissent à Paris<sup>24</sup> en réaction contre Keynes et le *New Deal*, mais aussi contre le « laisser fairisme » libéral. Ce dernier aurait échoué et provoqué la crise de 1929. Le néolibéralisme sera beaucoup plus musclé, beaucoup plus « organisateur »<sup>25</sup>. Le marché ne se conçoit plus sans l'État. Mais surtout, et dans sa forme allemande, l'ordolibéralisme, il propose d'instituer une réalité la plus conforme au modèle formel de l'ordre concurrentiel, d'intervenir pour que la société tout entière se conforme à l'économie de marché. En d'autres termes, il faut délibérément construire une société de marché par la voie de la législation<sup>26</sup>.

Voilà le véritable sens de l'économie sociale de marché : il n'est pas question d'amender le marché par une politique sociale<sup>27</sup>, mais, tout au contraire, de construire le social par le marché, de faire de la concurrence le principe

**21** P. COMMUN (dir.), *L'ordolibéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, 2003 ; adde Ch. LAVAL, « Ordolibéralisme allemand, néolibéralisme européen et construction de l'Europe », 2006, <http://danielrome.files.wordpress.com/2007/06/c-laval-le-neoliberalisme-europeen.pdf>. Voir aussi F. BOLKENSTEIN, « Construire l'Europe libérale du XXI<sup>e</sup> siècle », Institut Walter Eucken, SPEECH/00/260, Fribourg, 10 juillet 2000 : l'ancien Commissaire au marché intérieur rappelle que « *le projet ambitieux de l'UEM est un pur produit de la pensée ordolibérale* » ; F. DENORD et A. SCHWARTZ, « L'économie (très) politique du traité de Rome », *Politix*, vol. 23, n° 89, 2010, p. 35.

**22** Cf. P. DARDOT et Ch. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte/Poche, 2009, p. 332.

**23** L. AZOULAI, « La Cour de justice des Communautés européennes et l'économie sociale de marché », in *Viking-Laval-Rüffert : entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux où se trouve l'équilibre ?*, débat organisé par Notre Europe et l'Institut syndical européen, 2008, <http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/Azoulai.pdf> : « *cette théorie politique a sa raison d'être : lutter contre le 'déficit social' de la construction européenne, offrir un contrepoids social aux considérations de marché* », « *rééquilibrer la construction économique par une forme d'intégration sociale* » L'auteur concède cependant que « *dans cette théorie il y a aussi une ruse. L'Union essaie de rendre plausible son engagement social* ».

**24** *Le colloque Lippmann*, Librairie de Médecis, 1939 ; Serge AUDIER, *Aux origines du néolibéralisme : le colloque Walter Lippmann*, Éditions du Bord de l'eau, 2008.

**25** Cf. Ch. LAVAL, « Mort et résurrection du capitalisme libéral », *Revue du MAUSS*, n° 29, 1/2007, p. 393 et s. ; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979*, Seuil/Gallimard, 2004, cf. spéc. la leçon du 14 février 1979, p. 135 et s.

**26** Sur la transformation du libéralisme en néolibéralisme, cf. not. P. DARDOT et Ch. LAVAL, *op. cit.* (n. 22) ; M. FOUCAULT, *op. cit.* (n. 25).

**27** L'ambiguïté de l'expression peut cependant produire des effets juridiques en contradiction avec la théorie. Dans l'affaire C-515/08, l'Avocat général CRUZ VILLALÓN préconise une interprétation plus sociale de la directive 96/71 sur le détachement de travailleurs en se référant à l'article 3, §3, TUE « *selon lequel la construction du marché intérieur est matérialisée par des politiques fondées sur une 'économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social'* ».

directeur de la vie de chacun<sup>28</sup>. Pour les ordolibéraux, le terme « social » renvoie à « *une forme de société fondée sur la concurrence comme type de lien humain, forme de société qu'il s'agit de construire et de défendre par l'action délibérée d'une Gesellschaftspolitik ('politique de société')* »<sup>29</sup>. Dans l'ordolibéralisme, la politique sociale « *n'a pas pour fonction d'être comme un mécanisme compensatoire destiné à éponger ou annuler les effets destructeurs que pourrait avoir sur la société [...] la liberté économique. En fait, s'il y a interventionnisme social [...], ce n'est pas contre l'économie de marché [...] mais c'est au contraire à titre de condition historique et sociale de possibilité pour une économie de marché, au titre de condition pour que joue le mécanisme formel de la concurrence* »<sup>30</sup>.

Les preuves de la fidélité des institutions européennes à cette philosophie sont nombreuses. La Commission européenne déclare, par exemple, dans son Livre vert sur la modernisation du droit du travail, qu'une moindre protection contre le licenciement doit faciliter l'accès des demandeurs d'emploi au marché du travail<sup>31</sup>. C'est la théorie concurrentielle des « marchés contestables » appliquée au droit du travail. Le droit du licenciement est analysé comme une barrière à l'accès au marché (du travail) par de nouveaux entrants. L'Avocat général Poiares Maduro ne dit pas autre chose lorsqu'il estime que priver les entreprises de la possibilité de puiser dans les « *ressources de production disponibles dans une région ou un pays particulier* » risquerait de freiner « *le développement économique* » de tous les États membres<sup>32</sup>. Les « *ressources de production* » dont parle l'Avocat général, ce sont les salariés. Pour que l'économie de marché fonctionne, le travail doit être fictivement considéré comme une marchandise<sup>33</sup>.

Voilà une autre façon de poser la question : que sont les droits fondamentaux de « *ressources de production* » ?<sup>34</sup>

**28** Voir J. BASEDOW, « La concurrence est-elle menacée en Europe ? », *D.* 2008, 272 : l'auteur, Professeur à la Faculté de droit d'Hambourg et président d'une Commission chargée d'évaluer l'état de la concurrence en Allemagne, déclare que « *la concurrence peut jouer un rôle bénéfique en dehors du secteur strictement économique, par exemple dans l'éducation ou dans la santé publique* ».

**29** P. DARDOT et Ch. LAVAL, *op. cit.* (n. 22), p. 205.

**30** M. FOUCAULT, *op. cit.* (n. 25), p. 165-166 ; cf. aussi p. 150-151.

**31** Commission européenne, Livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle », 22 novembre 2006, COM(2006) 208 final, p. 6 ; voir aussi le Rapport CAHUC-KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministre de l'Économie et au ministre de l'Emploi, déc. 2004, p. 158.

**32** Conclusions précitées, pt 57.

**33** Cf. K. POLANYI, *La grande transformation*, préf. L. DUMONT, Gallimard, 1983 (pour la traduction française).

**34** Cf. A. SUPLOT, « L'Europe gagnée par l'économie communiste de marché », *Revue du MAUSS permanente*, 20 janv. 2008, p. 11, qui rappelle la notion stalinienne de « *capital humain* », finalement formalisée par le prix Nobel d'économie Gary BECKER.

## II. LA TRADUCTION JURIDIQUE DE L'ÉCONOMIE SOCIALE DE MARCHÉ

L'Union européenne s'est dotée d'un catalogue de droits fondamentaux. Mais c'est leur rôle dans l'ordre juridique européen qui interroge. On sait qu'ils ont d'abord rempli une fonction d'intégration du marché. La Cour de justice a inauguré sa jurisprudence sur les droits fondamentaux afin de préserver l'intégrité de l'ordre juridique communautaire. Certains États membres estimaient ne pas être tenus d'accepter de manière inconditionnelle la primauté du droit communautaire tant que la Communauté européenne n'offrirait pas une protection équivalente à celle assurée par leurs constitutions<sup>35</sup>. Afin de ne pas entraver l'approfondissement de l'intégration européenne, il convint donc d'y adjoindre un catalogue de droits fondamentaux<sup>36</sup>.

Une mise en œuvre décentralisée, au sein de chaque État membre, des droits fondamentaux comportait par ailleurs le risque d'un cloisonnement des économies nationales. La directive de 1995 sur la protection des données personnelles en fournit une bonne illustration<sup>37</sup>. Le texte a pour objet la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Mais sa base juridique est l'article 95 CE (art. 114 TFUE) sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Le considérant 7 de la directive explique cette relation : « *les différences entre États membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel peuvent empêcher la transmission de ces données* » entre États membres et constituer, dès lors, « *un obstacle à l'exercice d'une série d'activités économiques à l'échelle communautaire, fausser la concurrence [...]* ».

La même préoccupation gouverne la directive n° 96/71 sur le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services<sup>38</sup>. Cette directive est « *entièrement fondée sur des finalités économiques* »<sup>39</sup>, comme en atteste

<sup>35</sup> Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *Solange I*, BverfGE 37, 271.

<sup>36</sup> Voir O. DE SCHUTTER, « L'Europe des droits de l'homme : un concerto à plusieurs mains », in E. BRIBOSIA, L. SCHEEK et A. UBEDA DE TORRES, *L'Europe des Cours, loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 259 et s.

<sup>37</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JOCE*, n° L 281 du 23/11/1995, p. 31.

<sup>38</sup> Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE*, n° L 018 du 21/01/1997, p. 1.

<sup>39</sup> Cf. J.-Ph. LHERNOULD, « La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives », *RJS*, juillet 2010, p. 510 ; F. MEYER, « Libre circulation des travailleurs et libre prestation de services, à propos de la directive détachement du travailleur », *Rev. Int. Dr. Eco.*, 1998, p. 57 : « *on est donc en présence d'une directive dont le contenu est consacré quasi intégralement à la protection des travailleurs, mais qui n'y fait pas référence dans ses fondements juridiques* ».

sa base juridique (les dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services). Selon le préambule de la directive, c'est bien « *la promotion de la prestation de services* [qui] *nécessite une concurrence loyale et la protection des droits des travailleurs* ». Afin de ne pas entraver la liberté de prestation de services, il convenait de favoriser « *le respect de certains droits sociaux fondamentaux tels qu'il appartient à la loi nationale de l'État destinataire du service de les définir* »<sup>40</sup>.

Il est certain que ces textes ne peuvent être lus par le juge qu'à la lumière de la liberté économique qui en constitue la base juridique<sup>41</sup>. La conception clairement instrumentale des droits ne risque-t-elle pas alors de conduire le juge à délaisser leur caractère fondamental, du moins toutes les fois qu'ils pourraient s'opposer aux libertés économiques ?

La réponse à cette question est assez complexe, la jurisprudence de la Cour entretenant elle-même « *le flou sur la normativité des droits fondamentaux* »<sup>42</sup>.

Par exemple, dans un arrêt *Schröder* du 10 février 2000, la Cour de justice parut délivrer un message fort en faveur des droits fondamentaux. Voulant tirer les conséquences de la reconnaissance du droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe parmi les droits fondamentaux de la personne humaine dont la Cour est tenue d'assurer le respect<sup>43</sup>, la Cour déclara : « *la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine* »<sup>44</sup>.

Il est tentant d'en conclure que « *par touches successives* », et grâce à la consécration de droits fondamentaux, « *les objectifs sociaux du traité en*

---

Selon l'auteur, la base juridique de la directive 96/71 n'avait pas pu être « *sociale* » (article 153 TFUE sur la politique sociale) afin d'éviter les « *blocages institutionnels* ».

**40** O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (éds.), *Une constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, 2004, p. 5.

**41** J.-Ph. LHERNOULD, art. cit. (n. 39), n° 5, p. 510.

**42** A. BAILLEUX, *op. cit.* (n. 14), p. 339.

**43** CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne III*, 149/77, *Rec. p.* 1365, pts 26 et 27.

**44** CJCE, 10 février 2000, *Schröder*, C-50/96, pt 57 ; voir aussi CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-44/94, *The Queen c/ Minister of Agriculture*, *Rec.* 1995, p. I-3115, pt 55 : le droit de propriété et le libre exercice d'une activité professionnelle ne sont pas « *des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société* » ; cf. M. POIARES MADURO, art. cit. (n. 3), p. 471.



arrivent à être situés sur le même plan que ses objectifs liés à l'intégration économique »<sup>45</sup>. Cette interprétation paraît confortée par des arrêts plus récents dans lesquels la Cour affirme que l'Europe « *ayant non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité (relatives aux libertés de circulation) doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* »<sup>46</sup>.

Conclure à l'équilibre entre l'objectif d'intégration économique et les préoccupations sociales paraît cependant hâtif<sup>47</sup>. Dans l'affaire *Schröder*, la finalité sociale du Traité ne l'a pas emporté sur l'exercice d'une liberté de circulation, mais sur la lutte contre la concurrence déloyale. Des entreprises allemandes dénonçaient la distorsion de concurrence qu'elles subissaient par rapport aux entreprises des autres États membres du fait de l'affiliation rétroactive de leurs travailleurs à temps partiel à un régime de pension obligatoire<sup>48</sup>. Or, dans la jurisprudence de la Cour, la lutte contre la concurrence déloyale a, en quelque sorte, le même statut que l'objectif de protection des travailleurs. Elle constitue une *exception* à l'exercice des libertés économiques. Il faut justifier la légitimité de ces objectifs (que l'on peut rassembler sous l'étiquette de la lutte contre le *dumping social*) par la preuve de « *raisons impérieuses d'intérêt général* »<sup>49</sup>. Sans cette justification, les prestataires de services doivent pouvoir bénéficier de l'avantage que leur offre la réglementation de leur État d'origine pour concurrencer les entreprises de l'État d'accueil<sup>50</sup>. En somme, l'économie sociale de marché s'accommode parfaitement des phénomènes de concurrence entre ordres juridiques<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> O. DE SCHUTTER, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *Revue française des affaires sociales*, 2006-1, p. 138.

<sup>46</sup> CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, pt 105 (nous soulignons).

<sup>47</sup> J.-Ph. LHERNOULD, art. cit. (n. 39), p. 517, note 61 : « *Mettre dans la même balance deux éléments ne signifie pas nécessairement qu'ils ont le même poids* ».

<sup>48</sup> Cf. les conclusions de l'Avocat général COSMAS, présentées le 8 octobre 1998 dans l'affaire C-50/96, spéc. pts 35 et 78.

<sup>49</sup> Raisons que la Cour n'admet qu'exceptionnellement s'agissant de la concurrence déloyale : CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff et Müller*, C-60/03, pts 41 et 42, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 33, note E. PATAUT : « *L'objectif qui consiste à prévenir une concurrence déloyale de la part d'entreprises rémunérant leurs travailleurs à un niveau inférieur à celui correspondant au salaire minimal (de l'État d'accueil) peut être pris en considération en tant qu'exigence impérieuse susceptible de justifier une restriction à la libre prestation de services* » (pts 41 et 42).

<sup>50</sup> M. FALLON, « Le détachement européen de travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev. crit. DIP*, oct.-déc. 2008, p. 817.

<sup>51</sup> Rappelons le débat qui opposa Français et Allemands lors de la rédaction du Traité de Rome. Les premiers faisaient de l'harmonisation de la politique sociale une condition de la création d'un grand marché ; les seconds souhaitaient au contraire « *faire confiance au jeu normal de la concurrence pour atteindre cet objectif à la longue* » (cf. M. POIARES MADURO, art. cit. [n. 3]).



L'arrêt rendu par la Cour européenne de justice dans l'affaire *Rüffert*<sup>52</sup> l'illustre parfaitement. Une entreprise polonaise, sous-traitante d'une entreprise allemande, n'avait versé à ses 53 ouvriers détachés en Allemagne que 47 % du salaire minimal prévu par la convention collective allemande du bâtiment et des travaux publics. La Cour écarte l'application de la convention au motif qu'elle n'était pas d'application générale, comme l'exige la directive 96/71<sup>53</sup>. Elle estime qu'imposer le respect de ce texte à l'entreprise polonaise lui ferait perdre l'avantage concurrentiel qu'elle tire de ses coûts salariaux moins élevés et constituerait dès lors une entrave à la libre prestation de services. La Cour de justice n'a cure de la préoccupation du Land de Basse-Saxe d'éviter une dégradation des conditions minimales de rémunération sous l'effet d'une concurrence entre soumissionnaires<sup>54</sup>. C'est un réflexe jugé protectionniste<sup>55</sup>.

La solution n'est juridiquement pas choquante puisqu'effectivement la convention collective n'était pas applicable en vertu des dispositions de la directive sur le détachement des travailleurs, laquelle exige uniquement le respect des conventions « *déclarées d'application générale* ». Mais dans les affaires *Viking* et *Laval*, les actions initiées par les syndicats avaient pour objet d'inciter l'employeur à conclure une telle convention collective. Que la Cour de justice estime qu'une convention collective ne remplissant pas les conditions exigées par le droit positif puisse constituer une entrave aux libertés économiques est une chose. Mais que les actions collectives soient *elles-mêmes* soumises au respect des libertés de circulation laisse perplexe<sup>56</sup>. Par définition, une action collective réduit la liberté de l'employeur contre lequel elle est dirigée. Examiner son effet restrictif des libertés d'établissement ou de prestation de service, c'est la traiter comme une banale source d'entrave, sans égard à sa nature fondamentale<sup>57</sup>. Mais alors, les droits sociaux fondamentaux sont-ils *fondamentaux* ? C'est poser la question de leur effectivité.

**52** CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06 ; S. ROBIN OLIVIER, « Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail », *RTDEurop.* juill.-sept. 2008, p. 485.

**53** Dir. 96/71, préc., art. 3.

**54** A. LYON-CAEN, « Déconstruction européenne », *RDT*, 2008, p. 273.

**55** Car, il convient « *de ne pas faire preuve de naïveté* », prévient J.-Ph. LERNOULD : *dans le contexte de concurrence internationale, les États membres ne cherchent pas au premier chef le bien-être des travailleurs qui viennent exercer temporairement sur leur sol, mais à protéger leurs entreprises contre la concurrence étrangère* » (J.-Ph. LERNOULD, art. cit. [n. 39], p. 510).

**56** Voir S. ROBIN OLIVIER et E. PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires *Viking* et *Laval*) », *RDT*, 2008, p. 80.

**57** J.-Ph. LERNOULD, art. cit. (n. 39).

### III. LE PROBLÈME DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX

La reconnaissance du caractère fondamental du droit de grève par la Cour de justice a été accueillie comme un progrès de l'Europe sociale<sup>58</sup>. Par son raisonnement, la Cour joue en réalité un mauvais tour aux droits fondamentaux. Si le droit d'action collective est, désormais, élevé au rang de droit fondamental, les libertés de circulation bénéficient du même statut<sup>59</sup>.

Saisir les libertés économiques et les droits sociaux au moyen d'une même catégorie *permet* un affrontement qu'une hiérarchie claire aurait évité. Le droit fondamental nouvellement consacré paraît d'autant plus fragile que la Cour reconnaît – solution inédite jusqu'alors – l'effet direct horizontal des dispositions relatives aux libertés de circulation, c'est-à-dire leur application dans les rapports entre personnes privées<sup>60</sup>.

Qualifier les libertés économiques de libertés « fondamentales » ne va pourtant pas de soi<sup>61</sup>. On conçoit qu'elles soient ainsi nommées « *en raison de l'importance du rôle qu'elles assument dans le droit de la Communauté européenne* »<sup>62</sup>, de leur place dans la « *Constitution économique européenne* »<sup>63</sup>. Cela suffit-il à les admettre dans « *la famille des droits fondamentaux* »<sup>64</sup>. Véronique Champeil-Desplats pointe le risque d'une « *ontologie libérale* »<sup>65</sup> : « *au terme d'un parfait sophisme, écrit-elle, les libertés économiques, fondamentales pour l'entreprise, prétendent être tout aussi fondamentales pour l'homme que*

<sup>58</sup> Cf. S. ROBIN OLIVIER et E. PATAUT, art. cit. (n. 56) : « *En décidant d'assumer clairement la double finalité économique et sociale de la Communauté et en consacrant le caractère fondamental du droit de mener une action collective, la Cour pose un jalon important dans la construction du droit social européen* ».

<sup>59</sup> Par ex., CJCE, 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, pt 37 ; cf. aussi les conclusions de l'Avocate générale STIX-HACKL sur l'affaire C-36/02, *Omega*, qui considérerait que les libertés fondamentales, constitutives du marché commun, pouvaient être considérées comme des droits fondamentaux (pt 50) ; L. SIMONIN, « Ordolibéralisme et intégration économique européenne », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, t. 33, fasc. 1, 2001, p. 66.

<sup>60</sup> Cf. S. ROBIN OLIVIER et E. PATAUT, art. cit. (n. 56).

<sup>61</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *RDT*, n° 1, 2007, p. 19 : « *accepter la fondamentalité des libertés économiques n'est pas anodin* » ; cf. aussi A. BAILLEUX, *op. cit.* (n. 14), n° 833, p. 345 : l'auteur montre que « *le langage utilisé par la Cour* » entretient « *l'ambiguïté sur la véritable nature* » des libertés de circulation, « *les qualifiant le plus souvent de libertés fondamentales mais n'hésitant pas de temps à autre à les proclamer droit fondamental* ».

<sup>62</sup> O. DE SCHUTTER, art. cit. (n. 40), p. 81.

<sup>63</sup> Cf. not. Ch. JOERGES, art. cit. (n. 20) ; v. aussi « La constitution économique européenne revisitée », *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 (t. XXV).

<sup>64</sup> O. DE SCHUTTER, art. cit. (n. 40)

<sup>65</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, art. cit. (n. 61), observe que « *ce sont avant tout les ordres juridiques supra-nationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent avec générosité la fondamentalité des libertés économiques* ».

*d'autres droits et libertés. Il faut, pour en être convaincu, admettre le caractère ontologique du mode d'organisation de l'activité économique qui les promeut* ».

Résumons : contrairement à des attentes sans doute naïves, la rhétorique des droits fondamentaux conduit au nivellement des valeurs, à l'abolition de toute hiérarchie entre elles<sup>66</sup>. Tout se vaut dans le droit néolibéral. La Charte des droits fondamentaux de l'UE en est la parfaite illustration : la liberté d'entreprise (art. 16) y côtoie le droit d'action collective (art. 28), lequel est d'ailleurs reconnu aux travailleurs *et* aux employeurs. C'est la doctrine de « l'égalité des armes »<sup>67</sup>, très favorable aux plus puissants.

Le conflit des droits et libertés fondamentaux étant mis en scène, il ne restait plus à la Cour qu'à mettre en place des règles de conflits. L'outil majeur en est le contrôle de proportionnalité<sup>68</sup>. Sa mise en œuvre se révèle aujourd'hui propice à la protection des libertés économiques<sup>69</sup> : la Cour est saisie de la violation d'une liberté fondamentale, non d'une atteinte au droit fondamental de mener une action collective. Or, on sait l'importance du fondement de la contestation sur le raisonnement du juge.

Dans l'arrêt *Viking*, la Cour considère ainsi qu'une action collective n'est licite au regard des impératifs de libre circulation que si « *les emplois et les conditions de travail en cause sont compromis ou sérieusement menacés* » (pt 81). Elle demande au juge national de s'assurer qu'il n'existait pas « *d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, pour faire aboutir la négociation collective* » (pt 87). Un droit fondamental peut-il souffrir qu'un juge vérifie le caractère légitime, bien fondé ou raisonnable de son exercice<sup>70</sup> ? Syndicats et salariés ne doivent-ils pas être les seuls juges du bien-fondé de leurs revendications ?<sup>71</sup>

<sup>66</sup> A. TROIANIELLO, art. cit. (n. 13).

<sup>67</sup> J. MOULY, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *DS*, 2002, p. 804. J.-Ph. LHERNOULD (art. cit. [n. 39], p. 513) soutient au contraire la démarche consistant à reconnaître « *l'égalité des forces entre droits sociaux fondamentaux et libertés économiques* ». « Dès lors que le droit de mener une telle action a accédé au rang de principe général du droit, il a acquis la même force que les libertés du traité ».

<sup>68</sup> J.-B. RACINE, « Droit économique et droits de l'homme : introduction générale », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (coord.), *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 13.

<sup>69</sup> Cf. N. HERVIEU, « Droits de l'homme et libertés économiques devant les juges européens : l'illusion d'une harmonie », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *op. cit.* (n. 19), p. 226.

<sup>70</sup> Voir J.-Ph. LERNOULD, art. cit. (n. 39), p. 514 ; B. EDELMAN (art. cit. [n. 7]) montre que l'exercice et l'existence d'une action collective sont indivisibles.

<sup>71</sup> Telle est la solution en droit français : Cass. soc. 2 juin 1992, n° 90-41368, Bull. V, n° 356 ; 19 octobre 1994, n° 91-20.292, Bull. civ. V, n° 281 : « *si la grève impose l'existence de revendications de nature professionnelles, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé de ces revendications* », en l'absence d'abus de droit de la part des salariés.

Le problème est donc bien celui de l'*effectivité* des droits fondamentaux<sup>72</sup>.

Dans les affaires *Viking* et *Laval*, les organisations syndicales suggéraient à la Cour de justice d'établir une règle de hiérarchie des normes consistant à placer le droit fondamental de mener une action collective au-dessus des libertés de circulation. L'Avocat général Mengozzi avait répondu à cette prétention qu'une telle hiérarchie, « *si elle n'est pas nécessairement dénuée de pertinence, n'est pas admise en l'état actuel du droit communautaire* »<sup>73</sup>. Mais, renvoyant à ses propres conclusions dans une autre affaire<sup>74</sup>, il avait indiqué que c'était l'absence de valeur juridique obligatoire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui interdisait de construire pareille hiérarchie. « *Ces limites ne subsisteraient naturellement pas, poursuivait-il, en cas de ratification par tous les États membres du Traité établissant une constitution pour l'Europe* »<sup>75</sup>, Traité qui devait conférer à la Charte la force juridique contraignante lui faisant alors défaut.

Cette valeur juridique est désormais acquise avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009. Pour autant, il est peu probable que la jurisprudence de la Cour évolue de ce seul fait<sup>76</sup>. La solution n'aurait, selon Jean-Philippe Lhernould, « *aucune justification juridique en droit de l'Union européenne* »<sup>77</sup>.

La solution hiérarchique paraît surtout compromise du fait de l'absence de volonté politique de la voir prospérer. La proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte des libertés économiques<sup>78</sup> en fournit une illustration. Parmi les mesures prévues par l'Acte pour le marché unique adopté en avril 2011<sup>79</sup>, la Commission européenne avait annoncé l'adoption d'un règlement visant à « *clarifier l'exercice des libertés économiques dans le cadre des droits sociaux fondamentaux* ». Le règlement proposé a finalement été abandonné, faute

<sup>72</sup> Cf. Rapport 2010 de la Commission d'experts de l'Organisation internationale du travail pour l'application des conventions et recommandations. La Commission exprime sa « *grande préoccupation* » à propos des limites pratiques à l'exercice effectif du droit de grève imposées par la jurisprudence de la Cour européenne de justice.

<sup>73</sup> Conclusions présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire C-341/05, *Laval*, pt 84.

<sup>74</sup> Conclusions présentées le 26 octobre 2006 dans l'affaire C-354/04 P.

<sup>75</sup> Conclusions du 26 octobre 2006, précitées, pt 177.

<sup>76</sup> Cf. P. RODIÈRE, art. cit. (n. 19), p. 577 : « *Que ces dispositions acquièrent la même valeur que celle des traités ne résout pas grand chose, car les dispositions du traité ont une valeur ou une force juridique variable* ».

<sup>77</sup> J.-Ph. LERNOULD, art. cit. (n. 39), p. 513.

<sup>78</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, 21 mars 2012, COM (2012) 130 final.

<sup>79</sup> Communication de la Commission, *L'Acte pour le marché unique – Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance*, 13 avril 2011, COM (2011) 206 final.

de soutien de la part de onze parlements nationaux<sup>80</sup>. Il mérite cependant quelques commentaires pour ce que son contenu avait de déroutant.

Le texte paraissait d'abord répondre aux préoccupations formulées par les organisations syndicales en réaction à la jurisprudence de la Cour de justice européenne. Il s'inspirait en effet des solutions du règlement (CE) n° 2679/98 du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur<sup>81</sup> dont l'article 2 interdit toute interprétation de ses dispositions qui serait de nature à affecter « *d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève* ». L'article 1<sup>er</sup>, § 2, de la proposition de règlement en épousait le principe<sup>82</sup>.

Mais le texte, malgré un exposé des motifs étoffé paraissant prendre la mesure des enjeux de l'articulation entre les libertés économiques et les droits fondamentaux, se concluait sèchement par cinq articles dont l'esprit est parfaitement résumé à la page 11 du document : le dispositif proposé devait être conforme « *à l'un des objectifs principaux du traité (une économie sociale de marché hautement compétitive)* » et ne devait pas « *renverser la jurisprudence de la Cour* »<sup>83</sup>.

Loin de renverser la jurisprudence de la Cour, la proposition de règlement lui était extrêmement fidèle. L'article 2 posait les « *principes généraux* » : ceux-ci se résument à l'affirmation du respect mutuel des droits fondamentaux et des libertés économiques. La solution paraîtra anodine, sinon de bon sens. Mais, en feignant de refuser toute hiérarchisation, elle revient en réalité à conforter le pouvoir du juge qui devra nécessairement, comme par le passé, construire une telle hiérarchie. L'article 3 de la proposition de règlement le confirme : une action collective qui entre en conflit avec les libertés économiques est soumise à un test de proportionnalité. Les juges nationaux se voient confier, « *sans préjudice du rôle et des compétences de la Cour de justice* », le soin d'apprécier « *si et dans quelle mesure une telle action collective [...] ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le ou les objectifs poursuivis* ». Le contrôle de l'opportunité de la grève était donc maintenu, malgré les avertissements de l'Organisation internationale du travail. Selon le Comité des experts de l'OIT, l'incertitude résultant de telles appréciations produit « *un*

<sup>80</sup> Cf. S. PETITJEAN, « Détachement des travailleurs. La Commission annonce le retrait de la proposition Monti II », *Europolitique Social*, sept. 2012, n° 242, p. 1.

<sup>81</sup> Règlement (CE) n° 2679/98 du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres, *JOCE*, n° L 337 du 12 décembre 1998 p. 8.

<sup>82</sup> « *Le présent règlement ne porte en rien atteinte à l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève ou d'entreprendre d'autres actions relevant des systèmes de relations du travail propres à chaque État membre, conformément aux législations et aux pratiques nationales* »

<sup>83</sup> Proposition de règlement, précité, exposé des motifs, p. 11.

*effet restrictif significatif sur l'exercice du droit à la grève dans la pratique d'une manière contraire à la convention de l'OIT C87* »<sup>84</sup>.

Il paraît difficile de garantir l'effectivité du droit fondamental à l'action collective sans, au minimum, restreindre le contrôle du juge sur le caractère bien-fondé des revendications des salariés<sup>85</sup> ou, de façon plus catégorique, sans décider de soustraire les actions collectives aux règles du marché. Antoine Lyon-Caen défend cette dernière solution : la reconnaissance du droit de négociation et d'action collective en tant que droits fondamentaux devrait se traduire par « *une immunité pour les travailleurs et leurs organisations syndicales contre l'emprise des règles du marché* ». En d'autres termes, le caractère fondamental du droit à l'action collective devrait avoir « *pour corollaire, pour prolongement nécessaire la soustraction des actes et des actions des travailleurs et de leurs organisations à l'empire des règles du marché* »<sup>86</sup>. La solution vaut en cas de conflit entre l'exercice d'un droit social et le droit de la concurrence. En droit de la concurrence, en effet, la Cour<sup>87</sup> estime que « *les objectifs de politique sociale* » poursuivis par la négociation collective « *seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis* » à l'interdiction des ententes visée à l'article 101, paragraphe 1 du Traité<sup>88</sup>.

Rien de tel dans le domaine des libertés de circulation, si bien qu'une autre piste doit être explorée. L'enjeu n'est peut-être pas tant de consacrer la supériorité du droit fondamental de grève, que d'assurer son effet « *pleinement utile* ». C'est la voie dans laquelle s'est récemment engagée la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis l'arrêt *Enerji Yapi Yol Sen c/ Turquie* du 21 avril 2009<sup>89</sup>, cette dernière recommande en effet de faire jouer le principe de proportionnalité de manière telle à conférer un effet pleinement utile au droit de grève<sup>90</sup>.

Il existe ainsi une différence majeure entre les deux systèmes européens : « *pour l'Europe des droits de l'homme, c'est le droit de grève qui prime et ce sont les atteintes qui lui sont portées qui doivent être strictement justifiées* » ; pour l'Union européenne, ce sont « *les libertés économiques qui prévalent et*

<sup>84</sup> Conférence internationale sur le travail 2010, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, p. 236-7.

<sup>85</sup> En faveur de cette solution, cf. J.-Ph. LERNOULD, art. cit. (n. 39), p. 514.

<sup>86</sup> A. LYON-CAEN, « Droit communautaire du marché *vs* Europe sociale », in *Symposium BMAS*, Berlin, 2008.

<sup>87</sup> CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, aff. C-115/97, aff. C-219/97, *Rec. I*, p. 5751, concl. F.-G. JACOBS.

<sup>88</sup> Cf. P. RODIÈRE, art. cit. (n. 19), p. 578 : « *L'empire du droit de la concurrence a des limites. Il présente des frontières et celles-ci peuvent justement se situer au point de rencontre avec les droits sociaux* ».

<sup>89</sup> Cour EDH, 3<sup>e</sup> sect., 21 avril 2009, req. n° 68959/01.

<sup>90</sup> Solution qui ne revient pas à conférer au droit de grève un « *caractère absolu* », puisque celui-ci « *peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions* », selon les termes de la Cour EDH dans l'arrêt précité.

*c'est l'exercice du droit de grève par les syndicats qui doit être impérativement justifié* »<sup>91</sup>. Dans le droit de l'Union, le contrôle de proportionnalité est ainsi « *biaisé à l'avantage des bénéficiaires des libertés économiques* »<sup>92</sup>.

La Cour de justice de l'Union européenne pourrait gommer, au moins estomper ces différences en considérant les articles 6-2 et 6-3 du Traité sur l'Union européenne qui invitent l'Union à unifier sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, dans la mesure où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « *contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* »<sup>93</sup>.

## CONCLUSION

Quelle que soit la voie choisie, la question de l'effectivité des droits sociaux fondamentaux n'est cependant que partiellement pertinente. Car finalement, des droits fondamentaux de quels travailleurs est-il question ? Des travailleurs suédois ou des travailleurs lettons ? Des salariés occidentaux préoccupés – légitimement – par la dégradation de leurs conditions de travail du fait de la concurrence du « plombier polonais » ou des salariés d'Europe de l'Est pour qui les libertés de circulation des entreprises – les libertés économiques – sont une source d'emploi, à même de protéger leur dignité – autre droit fondamental ? Ce sont les pays d'accueil riches qui plaident la concurrence déloyale et le *dumping social*. Les nouveaux États membres, eux, invoquent les libertés consacrées par le Traité, surtout en matière de services, lorsqu'ils cherchent à accéder aux marchés de la vieille Europe<sup>94</sup>. Plusieurs États membres d'Europe centrale et orientale se disent d'ailleurs hostiles à la révision de la directive sur le détachement de travailleurs.

Dans l'arrêt *Laval*, les travailleurs lettons ne prétendaient pas obtenir le salaire suédois. C'est le syndicat local qui exigeait le respect de la norme

<sup>91</sup> J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève. À propos de l'arrêt de Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme *Enerji Yapi Yol Sen c/ Turquie* du 21 avril 2009 », *RDT* 2009, p. 499. Cf. l'avis du Comité économique et social européen sur « la dimension sociale du marché intérieur », SOC/360, 14 juillet 2010, pt 5.5. : « *Il y a lieu dès lors d'examiner au départ les droits fondamentaux et non les libertés économiques, conformément à la jurisprudence de la CEDH* ».

<sup>92</sup> J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, art. cit. (n. 91).

<sup>93</sup> CDFUE, art. 52, § 3.

<sup>94</sup> Ch. JOERGES, art. cit. (n. 20), p. 281.



locale<sup>95</sup>. Les travailleurs lettons avaient d'ailleurs été contraints, du fait de l'exercice par les syndicats suédois de leur droit fondamental à l'action collective, de quitter le chantier en raison de l'impossibilité de poursuivre les travaux. Et la société titulaire du marché fut finalement déclarée en faillite. Les travailleurs lettons se seraient sans doute contentés d'un salaire inférieur au salaire suédois, mais supérieur à leur salaire national, tout en conservant leur emploi.

En somme, le droit européen et international nous oblige à « *dénationaliser nos modes de raisonnement* »<sup>96</sup>. C'est sans doute pourquoi l'Avocat général Poirares Maduro prévient, dans l'affaire *Viking*, que les actions collectives comportent « *le risque de créer une atmosphère de représailles permanentes entre groupes sociaux des différents Etats membres* » et en appelle à « *l'esprit de solidarité* » qui doit être ancré dans le marché commun<sup>97</sup>.

On le voit, la problématique des droits fondamentaux promène le juriste de casse-tête en casse-tête. Dans l'affaire *Rüffert*, l'entreprise polonaise qui avait emporté le marché en Allemagne était la sous-traitante d'une entreprise allemande. Laval était, elle, une société de droit letton détenant 100 % de la société de droit suédois qui devait reconstruire une école en Suède avec des salariés détachés lettons. Cette géographie discriminatoire résume parfaitement ce que Fernand Braudel décrivait comme une « *économie-monde* »<sup>98</sup>. Celle-ci se partage en zones successives, avec des zones centrales de prospérité et des zones périphériques de pauvreté. Cette répartition en zones successives de développement inégal apparaît comme indispensable au fonctionnement du capitalisme.

Mais quelle est l'efficacité de cette construction ? Le Professeur Poirares Maduro rappelle que le Traité de Rome a été conçu comme une « *constitution économique néolibérale* » dont « *la légitimité tient au renforcement de l'efficacité économique* »<sup>99</sup>. Le pari européen repose sur la conviction de la supériorité, en termes de progrès économique et social, d'un marché reposant sur le principe de libre concurrence. L'article 151 TFUE en est l'expression. En somme, « *la suppression des entraves au marché constitue l'instrument, les avancées sociales apparaissent comme son produit dérivé* »<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> M. FALLON, art. cit. (n. 50).

<sup>96</sup> L. AZOULAI, art. cit. (n. 23).

<sup>97</sup> Conclusions précitées, pt 68. Cf. les appréciations critiques de S. ROBIN OLIVIER, « Libéralisation du commerce et justice sociale : lecture d'une étude menée conjointement par le BIT et l'OMC », *RDT*, 2007, p. 608.

<sup>98</sup> F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle*, t. 3, *Le temps du monde*, p. 13 et s.

<sup>99</sup> M. POIARES MADURO, art. cit. (n. 3).

<sup>100</sup> O. DE SCHUTTER, art. cit. (n. 45).



Or, un rapport conjoint du Bureau international du travail et de l'Organisation mondiale du commerce<sup>101</sup> – que l'on ne peut soupçonner d'être farouchement opposée au processus d'intégration économique – nous délivre deux enseignements majeurs : d'abord, « *un monde qui se globalise ne peut se contenter d'abandonner les questions sociales au marché* »<sup>102</sup> ; ensuite, il n'existe guère de preuve empirique sur le point de savoir si « *le plein exercice de certains droits fondamentaux entraînerait une augmentation excessive du coût du travail et éroderait l'avantage comparatif des pays émergents* »<sup>103</sup>.

Voilà des éléments de réponse à M. Poiars Maduro – le Professeur – qui suggérerait de réinterroger « *l'idéologie de l'intégration européenne* »<sup>104</sup>.

**101** *Commerce et emploi. Un défi pour la recherche en matière de politiques*, étude conjointe du Bureau international du travail et du secrétariat de l'Organisation mondiale du commerce, 2007 ; cf. aussi J. SAPIR, « Libre-échange, croissance et développement : quelques mythes de l'économie vulgaire », *Revue du MAUSS*, 2/2007 (n° 30), p. 227-247.

**102** Cf. K. KLARE, « Libéralisation du commerce et politiques sociales : le poids des évidences », in « Libéralisation du commerce et justice sociale : lecture d'une étude menée conjointement par le BIT et l'OMC », *RDT*, 2007.

**103** Rapport précité, p. 79.

**104** Art. cit., p. 489.

# La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme

Nicolas BAREÏT

1. Selon certains augures, la Cour européenne des droits de l'homme serait en train de façonner « *l'homme rêvé par le marché* »<sup>1</sup> : un individu « *égoïste, hédoniste* » et dont la « *seule préoccupation* » serait « *sa liberté de tout faire, de prendre tous les risques, de construire son destin sans être entravé* »<sup>2</sup>. L'homme du marché serait ainsi un être libre, libre notamment de conclure des contrats.

La liberté contractuelle est en effet indissociable de la notion de « marché » : à suivre les économistes, le marché n'est rien d'autre qu'un « *lieu de rencontre réel ou fictif entre des offreurs et des demandeurs* »<sup>3</sup>. Plus précisément, le marché se définit « *comme le lieu de rencontre d'une offre et d'une demande à partir duquel se forme le prix du bien échangé* »<sup>4</sup>. Or, juridiquement, cet échange, cette rencontre d'une offre et d'une demande se réalise par le biais du contrat, qui est alors « *appréhendé*

1 B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.* 2011, p. 897.

2 *Ibid.*, p. 900.

3 Ph. MADDALON, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 253, 2007, p. 2.

4 J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen – Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, « Thémis », n° 126, 2011, 2<sup>e</sup> éd., p. 90.

comme un instrument de circulation des biens et des services »<sup>5</sup>. Dans cette perspective, l'épanouissement du marché est directement fonction de la faculté accordée aux agents économiques de procéder librement à ces échanges. En d'autres termes, plus la liberté contractuelle est étendue, plus le marché peut se développer. Une question surgit aussitôt : le marché a-t-il vocation à s'épanouir indéfiniment ? La faculté accordée aux agents économiques de conclure des contrats est-elle illimitée ? La liberté contractuelle est-elle une liberté sans entrave ? La jurisprudence élaborée sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme fournit un élément de réponse capital : la liberté contractuelle est limitée par les droits fondamentaux.

2. Pour comprendre pleinement la portée de cette affirmation, deux points doivent être précisés.

D'une part, toutes les facettes de la liberté contractuelle ne sont pas ici visées. Chacun sait que la liberté contractuelle peut se décomposer « *en deux éléments : la liberté de contracter et la liberté de déterminer le contenu du contrat* »<sup>6</sup>. La liberté de contracter implique la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat ainsi que la liberté de choisir son cocontractant ; la liberté de déterminer le contenu du contrat désigne, quant à elle, la liberté accordée aux contractants « *de définir ce à quoi ils s'obligent* »<sup>7</sup>. Ces deux facettes de la liberté contractuelle ne soulèvent pas les mêmes problèmes. En effet, au travers de la liberté de contracter, c'est la question de l'**existence** du principe de liberté contractuelle qui se trouve posée, et la jurisprudence européenne n'apporte pour l'heure que des bribes de réponse<sup>8</sup>. À l'inverse, au travers de la liberté de déterminer

5 G. BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Fondation Varenne, « Collection de Thèses », t. 27, 2010, n° 223, p. 240. V. aussi Th. DUMORTIER, « La référence ambivalente au marché comme justification de la liberté des agents économiques », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 75.

6 L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998, p. 677.

7 Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 2009, 10<sup>e</sup> éd., n° 24, p. 31.

8 V. J.-Fr. FLAUSS, « Liberté contractuelle et contrôle des loyers à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1990, p. 387 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations », in Association Henri CAPITANT, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 55 ; « Un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale », *Revue des contrats*, 2009, p. 1211 ; Cl. LALAUT, « Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gaz. Pal.*, 1999, p. 554 ; D. DE BÉCHILLON, « Le principe de liberté contractuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Juger l'administration, administrer la justice – Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 53. V. également A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2002, vol. 15, p. 725, note 2.

le contenu du contrat, c'est la question des éventuelles *limitations* de la liberté contractuelle qui est soulevée ; or, en la matière, la jurisprudence est particulièrement riche d'enseignements. Il convient donc de se focaliser sur les hypothèses dans lesquelles la liberté contractuelle a pu être limitée par les droits fondamentaux, certaines clauses contractuelles étant invalidées car contraires aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

D'autre part, cette limitation de la liberté contractuelle n'est pas seulement l'œuvre du juge de Strasbourg. En effet, depuis une quinzaine d'années, la Cour de cassation a développé sa propre jurisprudence sur la question, si bien que le respect des droits de l'homme est devenu un critère presque classique de validité ou d'efficacité des clauses contractuelles. Il est d'ailleurs difficile de savoir si, dans ce domaine, c'est le juge européen qui joue le rôle de « *Mentor* »<sup>9</sup> à l'égard du juge interne, ou si c'est le juge interne qui est devenu l'aiguillon du juge européen. Il ne semble donc pas opportun de réduire l'analyse aux seuls arrêts rendus par la Cour européenne : jurisprudence interne et jurisprudence européenne doivent être étudiées de concert, de façon à saisir au mieux ce mouvement jurisprudentiel qui place la liberté contractuelle sous la toise des droits de l'homme.

3. Ce mouvement jurisprudentiel n'a pas laissé insensible les observateurs : cette « *entrée en force des droits de l'homme dans le droit des contrats* »<sup>10</sup> apparaît comme un phénomène tout à la fois nouveau et potentiellement révolutionnaire. Ainsi, nous assisterions à une « *modification considérable du paysage juridique* »<sup>11</sup>. Pourquoi ? « *Parce que les droits fondamentaux s'emparent littéralement du droit des contrats et qu'ils s'en emparent d'une manière qui pourrait être à la fois brusque et suffisamment puissante pour le transformer de fond en comble, en transformer la substance et la logique interne, la manière dont il est agencé et la façon dont les juristes raisonnent à son propos* »<sup>12</sup>. Dans ces conditions, comment ne

9 P. TAVERNIER, « Réflexions sur le rôle de Mentor du juge des droits de l'homme. A propos de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », in *Les droits de l'homme en évolution – Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruylant, 2009, p. 479.

10 D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, n° 28, p. 391.

11 D. DE BÉCHILLON, art. cit. (n. 8), p. 54.

12 Chr. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in Gr. LEWCOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2009, p. 177.

pas craindre une « *fondamentalisation excessive et destructurante de notre ordre contractuel* »<sup>13</sup> ?

En réalité, ce phénomène n'est peut-être pas aussi révolutionnaire qu'il n'y paraît. D'abord, la soumission de la liberté contractuelle au respect des droits fondamentaux n'est pas forcément une idée neuve : déjà, dans les années 1960, les clauses de célibat inscrites dans certains contrats de travail (hôtesses de l'air<sup>14</sup>, assistantes sociales rurales<sup>15</sup>) soulevaient le problème de la conciliation entre la liberté contractuelle et le droit fondamental au mariage<sup>16</sup>. Ensuite, l'analyse de la jurisprudence conduit à relativiser les certitudes ou les fantasmes concernant la force subversive des droits de l'homme. En effet, au regard de la liberté contractuelle, l'homme du marché que le juge est peut-être en train de construire n'a rien d'un surhomme : c'est un homme banal, qui n'a rien perdu de sa liberté mais qui n'en a pas gagné non plus. Sous la toise de la Convention européenne, la liberté contractuelle pourrait bien conserver ses mensurations habituelles.

4. Pour le démontrer, il convient de mettre en lumière l'ambiguïté, voire l'ambivalence, de la jurisprudence. D'un côté, le juge – européen ou interne – n'hésite pas à affirmer sa volonté de soumettre la liberté contractuelle à la Convention européenne des droits de l'homme. La liberté contractuelle n'est donc pas illimitée, les contractants doivent respecter les droits de l'homme lorsqu'ils déterminent le contenu de leur accord. Ce faisant, le juge fait preuve d'une certaine audace, car l'applicabilité de la Convention européenne aux relations contractuelles ne va pas de soi (I). Mais d'un autre côté, l'étude de la jurisprudence révèle que le juge européen se montre assez réservé lorsqu'il s'agit de contrôler effectivement la conventionnalité de certaines clauses, et que le juge interne éprouve quelque scrupule à « neutraliser » complètement une clause qui violerait les droits de l'homme. En d'autres termes, dès lors qu'il s'agit d'appliquer réellement la Convention européenne aux relations contractuelles, le juge – interne ou européen – agit avec une prudence certaine (II).

<sup>13</sup> D. MAZEAUD, art. cit. (n. 10), n° 29, p. 392.

<sup>14</sup> CA Paris, 30 avril 1963 ; D. 1963, juris., p. 428, note A. ROUAST ; RTD civ. 1963, p. 570, note G. CORNU.

<sup>15</sup> Cass. Soc., 7 février 1968 ; D. 1968, juris., p. 429 ; RTD civ. 1968, p. 557, note G. CORNU.

<sup>16</sup> V. J. RAYNAUD, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, 2003, n° 279-281, p. 285-287 ; P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme – Analyse du droit français*, PUAM, 2004, n° 205-215, p. 109-112.

# I. L'APPLICABILITÉ DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUX RELATIONS CONTRACTUELLES : UNE CERTAINE AUDACE

5. L'idée selon laquelle la liberté contractuelle peut être limitée par la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas une idée si facile à admettre<sup>17</sup>. En effet, il s'agit d'imposer à des personnes privées le respect d'un traité international qu'elles n'ont pas, par hypothèse, conclu. De toute évidence, seuls les États contractants sont tenus de respecter la Convention européenne des droits de l'homme, et cette évidence peut s'autoriser d'une tradition immémoriale : « *les libertés publiques se sont affirmées par leur opposabilité à l'État, et de manière plus générale, à la puissance publique. Les droits de l'homme sont alors analysés dans un rapport vertical à l'État* »<sup>18</sup>.

De prime abord, cette verticalité semble constituer un obstacle infranchissable. Cependant, certains ont fait valoir que « *pour que les droits de l'homme soient véritablement vécus, il est nécessaire de s'attacher à les faire respecter dans les rapports entre personnes privées* »<sup>19</sup>. La notion d'« effet horizontal » a alors surgi dans le débat : « *l'effet horizontal recouvre la relation nouée entre deux personnes privées, à l'inverse de l'effet vertical qui vise les rapports entretenus entre les particuliers et l'État* »<sup>20</sup>. Dans cette perspective, l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme désigne « *l'application des dispositions européennes aux relations privées* »<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> V. par exemple P.-Y. GAUTIER, « La cessation du contrat, confrontée aux droits fondamentaux », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 487.

<sup>18</sup> J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001, p. 76.

<sup>19</sup> J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *René Cassin, Amicorum discipulorumque liber*, Éditions Pedone, 1971, t. III, p. 312.

<sup>20</sup> B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français – Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse Limoges, 2006, n° 6, p. 15. V. aussi A. DEBET, *op. cit.* (n. 8), n° 57 et s., p. 66 et s. ; J. RAYNAUD, *op. cit.* (n. 16), n° 51 et s., p. 83 et s. ; Fr. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, « Thémis », 2011, 6<sup>e</sup> éd., p. 30 et s. ; P. DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, 1995, p. 157 ; P. DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative », in *Les droits de l'homme en évolution – Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Panaras*, Bruylant, 2009, p. 215. V. également D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux – Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, thèse Aix-Marseille, 2005, p. 173 et s.

<sup>21</sup> B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 9, p. 17.

6. Cette notion d'« *effet horizontal* » est essentielle car elle a permis au juge de soumettre les relations contractuelles à la Convention européenne. Il faut l'avouer : une telle admission de l'effet horizontal témoigne d'une certaine audace de la part du juge, car nombreuses sont les critiques adressées à l'encontre de la théorie de l'effet horizontal<sup>22</sup>. Ainsi, la soumission des relations interindividuelles aux droits de l'homme serait « *superflue* » et dépourvue de toute « *justification convaincante* » ; pire, cette soumission serait « *néfaste* » car « *le champ même des droits tirés de la Convention n'est pas adapté au contentieux contractuel* »<sup>23</sup>. L'effet horizontal ne serait finalement qu'une « *invention de la Cour européenne des droits de l'homme* »<sup>24</sup>.

Faisant fi de ces remarques, la jurisprudence a consacré l'effet horizontal de la Convention européenne, mais cette consécration ne revêt pas la même portée en droit européen et en droit interne. Au niveau européen, le juge a admis, en le justifiant, l'effet horizontal de la Convention européenne, mais en réalité c'est un effet horizontal indirect qu'il a consacré (A). Au niveau interne, le juge, sans s'embarrasser d'aucune justification, a mis en œuvre l'effet horizontal de la Convention européenne de façon, cette fois, directe (B).

### A. L'admission de l'effet horizontal indirect par le juge européen

7. L'effet horizontal est qualifié d'« indirect » dans l'hypothèse où un État est mis en cause car « *sa réglementation inexistante ou défailante... ne permet pas de rendre effectifs, entre personnes privées, les droits consacrés par la Convention* »<sup>25</sup>. L'effet horizontal est bel et bien indirect « *puisque la solution rendue ne s'adresse pas aux personnes privées et ne résout pas leur désaccord, mais est destinée à l'État, qui acquiert ainsi un rôle d'intermédiaire* »<sup>26</sup>.

Il est important de souligner que, devant la Cour européenne des droits de l'homme, seul l'effet horizontal indirect a pu être consacré, car la Cour

<sup>22</sup> V. cependant J. RAYNAUD, *op. cit.* (n. 16), n° 184 bis, p. 197, qui estime que l'admission de l'effet horizontal est aujourd'hui un « *phénomène... acquis* ».

<sup>23</sup> M.-É. ANCEL, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in G. PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 127, 129 et 131.

<sup>24</sup> Fr. SUDRE, « Petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Territoires et liberté – Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruylant, 2000, p. 435. Sous la plume de l'auteur, la formule est ironique.

<sup>25</sup> J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit.* (n. 18), p. 86. V. également L. ABADIE, « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux contractuel », *Droit et patrimoine* juillet-août 2010, p. 76.

<sup>26</sup> B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 8, p. 17.

n'est compétente que pour connaître des violations commises par un État signataire. Devant le juge européen, il existe une « *irresponsabilité conventionnelle de la personne privée* »<sup>27</sup>. Pour autant, cela n'a pas dissuadé la Cour de Strasbourg d'admettre l'applicabilité de la Convention européenne aux relations contractuelles entre personnes privées.

8. À cet égard, l'arrêt « *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/Suède* »<sup>28</sup> prononcé le 16 décembre 2008 est tout à fait révélateur du raisonnement suivi par le juge européen pour justifier l'effet horizontal indirect de la Convention.

En l'espèce, un couple d'origine irakienne avait loué un appartement dans une banlieue de Stockholm. Après s'être installés, les locataires avaient découvert, sur la façade de leur appartement, une antenne parabolique qu'ils utilisèrent pour recevoir des programmes télévisés en langues arabe et farsi. Or, dans leur contrat de bail, une clause spéciale prévoyait que « *le locataire ne doit pas installer, sans autorisation expresse, de pancartes, d'enseignes, de pare-soleils, d'antennes extérieures ou tout autre objet similaire sur l'immeuble* »<sup>29</sup>. Se fondant sur cette clause, le propriétaire de l'immeuble exigea le démantèlement de l'antenne parabolique. Le couple de locataires ayant refusé d'accéder à cette demande, le propriétaire leur signifia la résiliation du bail. Ne pouvant obtenir gain de cause devant les juridictions internes, le couple a donc saisi la Cour européenne, estimant avoir subi une atteinte à sa liberté de recevoir des informations garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Incontestablement, l'origine du litige réside dans la clause du contrat de bail interdisant l'installation d'antennes. Deux libertés s'affrontent ici : la liberté contractuelle, censée permettre aux parties de déterminer comme elles l'entendent le contenu de leur contrat, et la liberté de recevoir des informations, qui est remise en cause par le contrat lui-même. Fort de ce constat, le gouvernement suédois a fait valoir que la Cour européenne n'était pas compétente pour connaître de ce litige. En effet, il s'agit d'un conflit entre deux personnes privées à propos d'une obligation contractuelle et les autorités publiques ne sont pas concernées<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> *Ibid.*, n° 87, p. 75.

<sup>28</sup> Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/ Sweden* ; *RTD civ.* 2009, p. 281, note J.-P. MARGUENAUD, *Revue des contrats*, 2010, p. 131, note C. GRIMALDI.

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 6 : « *The tenant undertakes not to erect, without specific permission, placards, signs, sunblinds, outdoor aerials and such like on the house* ». Nous traduisons.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 30.



9. Le juge européen a pourtant déclaré la requête des locataires recevable. Voici son raisonnement qui mérite que l'on s'y attarde. La Cour commence par se référer à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne, aux termes duquel « *les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente Convention* »<sup>31</sup>. Cette référence à l'article 1<sup>er</sup> est particulièrement intéressante, car cette disposition est considérée comme le fondement textuel de la théorie de l'effet horizontal<sup>32</sup>. Et la Cour européenne d'ajouter que les États contractants ne se sont pas uniquement engagés à ne pas porter atteinte aux droits garantis par la Convention, car il existe des obligations positives, inhérentes à ces droits, que les États sont également tenus de respecter<sup>33</sup>. En d'autres termes, « *la responsabilité de l'État peut être engagée non seulement du fait de son ingérence 'active' dans tel ou tel droit mais aussi... du fait de son ingérence 'passive', en raison de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait* »<sup>34</sup>. Notons que cette référence à la théorie des obligations positives n'est pas neutre, car celle-ci est considérée comme le fondement prétorien de la théorie de l'effet horizontal<sup>35</sup>.

En quelques lignes, le juge européen a posé le cadre conceptuel de son interprétation. Le fait que le litige n'oppose que des parties privées à propos d'une clause contractuelle n'est pas considéré comme un obstacle, dès lors que la combinaison de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention et de la théorie des obligations positives permet à la Cour d'attribuer un effet horizontal au texte européen. Et c'est précisément ce que la Cour va faire. D'abord, elle relève que la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la Convention européenne, ne peut être véritablement effective que si des mesures positives de protection sont prises par l'État, même dans la sphère des relations interindividuelles<sup>36</sup>. Partant, l'État suédois pourrait être reconnu responsable s'il n'a pas rempli son obligation positive de préserver la liberté de recevoir des informations, alors même que la remise en cause de cette liberté trouverait sa source dans un contrat de droit privé. C'est ainsi que la théorie des obligations positives permet de sanctionner une violation des droits de l'homme commise par un particulier, tout en justifiant la compétence de la Cour européenne qui, *in fine*, condamnera un État.

Pour conforter son raisonnement, la Cour précise ensuite qu'en principe, elle n'est pas compétente pour régler des conflits de nature purement

**31** Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/Sweden*, arrêt précité, § 31.

**32** V. B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 66 et s., p. 59 et s.

**33** Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/Sweden*, arrêt précité, § 31.

**34** Fr. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALEZ, *op. cit.* (n. 20), p. 23.

**35** V. B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 42 et s., p. 40 et s.

**36** Cour EDH, 16 décembre 2008, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi c/Sweden*, arrêt précité, § 32.

privée. Cependant, elle avoue ne pas pouvoir rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou discriminatoire<sup>37</sup>. Or, justement, dans le cas d'espèce, la Cour européenne estime que les juridictions internes ont validé le contrat de bail et que, par conséquent, l'expulsion des locataires de leur appartement est le résultat de la décision des tribunaux<sup>38</sup>. La Cour en conclut que la responsabilité de l'État suédois, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne, peut être engagée sur cette base. La boucle est donc bouclée.

**10.** Cet arrêt est remarquable en ce qu'il illustre à la fois le mécanisme de l'effet horizontal et son caractère indirect. Le juge européen confère à l'article 10 de la Convention une dimension horizontale puisqu'il l'applique à des relations privées. Toutefois, cette dimension horizontale reste indirecte car ce n'est pas le propriétaire de l'immeuble qui sera sanctionné, mais l'État suédois qui a permis la conclusion d'un bail renfermant une clause attentatoire à la liberté d'expression<sup>39</sup>.

Ce détour intellectuel est indispensable pour fonder la compétence de la Cour européenne, et il explique sans doute que, dans les arrêts concernant des clauses attentatoires à des droits fondamentaux, le juge européen ne se prononce pas directement sur la validité de ces clauses, mais statue sur l'interprétation qu'en donnent les juridictions, ou sur les procédures mises en œuvre pour les contester. Comme si la Cour européenne éprouvait toujours le besoin de rattacher la violation du droit fondamental à une intervention quelconque de l'État. Quelques exemples permettront de s'en apercevoir.

**11.** Ainsi, dans l'arrêt *Langborger c/ Suède*<sup>40</sup> rendu le 22 juin 1989, un ressortissant suédois avait conclu un contrat de bail d'habitation qui renfermait une « clause de négociation ». En vertu de cette clause, les parties au contrat s'engageaient à accepter le loyer et les autres conditions convenues sur la base de l'accord de négociation conclu entre une union de propriétaires d'immeubles et une union de locataires<sup>41</sup>. Peu satisfait du montant du loyer, et désireux de ne plus être représenté par l'union des locataires, le requérant

<sup>37</sup> *Ibid.*, § 33.

<sup>38</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>39</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>40</sup> Cour EDH, 22 juin 1989, *Langborger c/ Suède*, req. n° 11179/84.

<sup>41</sup> *Ibid.*, § 7.

a résilié le bail et a invité le propriétaire à conclure avec lui un nouveau contrat dépourvu de clause de négociation ; le propriétaire a refusé son offre. L'affaire a été portée devant la Cour européenne, le requérant se plaignant notamment d'une « atteinte à sa liberté d'association, protégée par l'article 11, car il doit accepter, contre son gré et moyennant finance, les services de l'Union des locataires dans les négociations »<sup>42</sup>. La Cour européenne ne l'a pas suivi sur ce terrain : considérant que la question soulevée ne relevait pas du domaine de l'article 11, elle a cependant constaté une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, car le tribunal ayant statué sur la demande du requérant de supprimer la clause de négociation ne présentait pas de garanties d'indépendance et d'impartialité suffisantes<sup>43</sup>. Plutôt que de se prononcer sur la valeur de la clause litigieuse, la Cour européenne a donc préféré focaliser son attention sur le déroulement de la procédure permettant de contester cette clause.

Dans l'arrêt *Van Kück c/ Allemagne* prononcé le 12 juin 2003<sup>44</sup>, la requérante, née de sexe masculin, a subi un traitement de conversion sexuelle. Avant même l'intervention chirurgicale, elle a assigné sa compagnie d'assurance afin que celle-ci lui rembourse les frais pharmaceutiques engagés, ainsi que la moitié des dépenses liées aux opérations de conversion sexuelle. Or, les clauses des conditions générales du contrat d'assurance interdisent à l'assurée de demander un remboursement si la maladie ou l'accident a été délibérément provoqué<sup>45</sup>. Les juridictions internes ont ainsi dû se prononcer sur le point de savoir si le traitement de conversion sexuelle était véritablement nécessaire ou si l'état de la requérante n'était que la conséquence d'un comportement délictueux. Elles ont conclu que la requérante ne pouvait prétendre à un remboursement car elle avait elle-même provoqué sa maladie<sup>46</sup>. Saisie de l'affaire, la Cour européenne ne s'est à aucun moment prononcée sur la validité de la clause de limitation de remboursement ; elle a simplement vérifié si les procédures auxquelles avait donné lieu l'action en remboursement étaient équitables<sup>47</sup>.

Citons enfin les arrêts *Schüth c/ Allemagne* et *Obst c/ Allemagne* prononcés le 23 septembre 2010, ainsi que l'arrêt *Siebenhaar c/ Allemagne* rendu le 3 février 2011<sup>48</sup>. Dans ces trois affaires, des salariés n'ayant pas respecté les obligations de loyauté inscrites dans leurs contrats de travail ont été licenciés,

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>43</sup> *Ibid.*, § 35 et § 39.

<sup>44</sup> Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne* ; *RTD civ.* 2004, p. 361, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Revue des contrats* 2004, p. 788, note A. DEBET.

<sup>45</sup> *Ibid.*, § 34.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 23.

<sup>47</sup> V. en ce sens B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 154, p. 133.

<sup>48</sup> Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne* et *Obst c/ Allemagne*, *JCP G* 2010, n° 1006, obs. M. LEVINET ; Cour EDH, 3 février 2011, *Siebenhaar c/ Allemagne*. V. J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », *D.* 2011, p. 1637.

et ont contesté leur licenciement devant la Cour européenne en alléguant une atteinte au droit au respect de la vie privée. Ici encore, c'est moins la validité de la clause contractuelle que la conventionnalité de la procédure de licenciement qui a retenu l'attention de la Cour<sup>49</sup>. L'arrêt *Schüth c/ Allemagne* est cependant intéressant car le juge européen se prononce directement sur la valeur de la clause de loyauté<sup>50</sup> – ce qui est peut-être un signe de rapprochement entre la jurisprudence européenne et la jurisprudence interne.

### ***B. La mise en œuvre de l'effet horizontal direct par le juge interne***

12. Devant le juge interne, et singulièrement devant la Cour de cassation, la Convention européenne des droits de l'homme se voit reconnaître un effet horizontal direct. Cela signifie que « *le non-respect de la Convention dans les rapports entre particuliers, dénoncé par une partie, ouvre une procédure contentieuse devant les tribunaux internes judiciaires* »<sup>51</sup>. En d'autres termes, les juridictions internes peuvent appliquer la Convention européenne afin de résoudre des litiges purement privés<sup>52</sup>. Or, en mettant en œuvre cet effet horizontal, le juge interne est conduit à contrôler la conventionnalité des clauses contractuelles.

C'est dans le bail d'habitation que la Cour de cassation a, pour la première fois, contrôlé la conformité d'une clause aux dispositions de la Convention européenne. Dans un célèbre arrêt rendu le 6 mars 1996, la troisième chambre civile a en effet jugé que « *les clauses d'un bail d'habitation ne [peuvent], en vertu de l'article 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »<sup>53</sup>. En l'espèce, le bail d'habitation stipulait que les locaux ne pouvaient être occupés que par la locataire et ses enfants. Or, la locataire ayant notamment hébergé le père de ses deux derniers enfants, le bailleur avait demandé la résiliation du bail pour hébergement d'un tiers. La Cour de cassation a donc tranché le litige en vérifiant la conformité de la clause d'habitation personnelle aux dispositions de la

<sup>49</sup> V. Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 57 et *Obst c/ Allemagne*, arrêt précité, § 43 ; *Siebenhaar c/ Allemagne*, arrêt précité, § 40.

<sup>50</sup> Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 71. V. en ce sens J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, art. cit. (n. 48), p. 1639.

<sup>51</sup> J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *op. cit.* (n. 18), p. 86. V. aussi L. ABADIE, art. cit. (n. 25), p. 77.

<sup>52</sup> V. B. MOUTEL, *op. cit.* (n. 20), n° 8, p. 17.

<sup>53</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, Bull. n° 60, p. 41 ; *RTD civ.* 1996, p. 580, note J. HAUSER ; *RTD civ.* 1996, p. 897, note J. MESTRE ; *RTD civ.* 1996, p. 1024, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 1997, juris., p. 167, note B. DE LAMY ; *JCP G* 1997, II, 22764, note N. VAN TUONG.

Convention européenne, et spécialement au regard du droit au respect de la vie privée. Ce faisant, la Cour de cassation a conféré un effet horizontal direct au texte international.

Cette solution a été confirmée par la suite. Dans un arrêt prononcé le 22 mars 2006, la troisième chambre civile, après avoir visé l'article 8 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a répété que « *les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »<sup>54</sup>. En outre, dans un arrêt rendu le 10 mars 2010, la troisième chambre civile a estimé que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la stipulation contractuelle interdisant le prêt des lieux à un tiers sans le consentement exprès et par écrit du bailleur... ne faisait pas obstacle, conformément aux dispositions de l'article 8 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à ce que le preneur héberge un membre de sa famille* »<sup>55</sup>.

**13.** Le bail d'habitation a donc servi de « laboratoire d'expérimentation » de l'effet horizontal de la Convention européenne<sup>56</sup>, mais il n'a pas été le seul contrat concerné. Très rapidement, l'effet horizontal direct a gagné le contrat de travail. Par un arrêt rendu le 12 janvier 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation a passé une clause de mobilité au crible du droit européen. Après avoir visé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre sociale a affirmé solennellement que « *selon ce texte, toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »<sup>57</sup>. Effet horizontal de la Convention européenne, interprétation de l'article 8, contrôles de finalité et de proportionnalité : manifestement, la Cour de cassation prend à cœur sa mission de juge des droits de l'homme et, à partir de cet arrêt inaugural, la chambre sociale n'aura de cesse de vérifier la conformité des clauses de mobilité aux droits fondamentaux<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, Bull. n° 73, p. 61 ; *Petites affiches*, 2006, n° 148, p. 18, note É. GARAUD ; *RTD civ.* 2006, p. 722, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *Revue Lamy Droit civil*, mai 2006, comm. n° 2033, obs. S. DOIREAU ; *Revue des contrats*, 2006, p. 1149, note J.-B. SEUBE.

<sup>55</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010, Bull. n° 57 ; *D.* 2010, juris., p. 1531, note J.-M. BRIGANT.

<sup>56</sup> V. en ce sens A. DEBET, « Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme », in *1804-2004, le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 972.

<sup>57</sup> Cass. soc., 12 janvier 1999, Bull. n° 7, p. 4 ; *D.* 1999, juris., p. 645, note J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY ; *RTD civ.* 1999, p. 395, note J. MESTRE ; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, obs. J.-E. RAY.

<sup>58</sup> V. notamment D. CORRIGNAN-CARSIN, « Mobilité géographique du salarié : état des « lieux » », in *Droit et actualité – Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 171 ; L.-K. GRATTON, *Les*

Après le contrat de travail, c'est le bail commercial qui a été confronté à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, une société, preneuse à bail d'un local dans un centre commercial, a assigné son bailleur en restitution des cotisations qu'elle avait versées au titre de son adhésion à l'association des commerçants du centre. Elle se plaignait d'avoir été obligée, par une clause du contrat, à adhérer à cette association et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du bail et ses renouvellements successifs. Déboutée par les juges du fond, la société a alors formé un pourvoi en cassation qui a conduit la troisième chambre civile à se prononcer sur la conventionnalité de la clause d'adhésion obligatoire à une association. Dans un arrêt en date du 12 juin 2003, la Haute juridiction a jugé, au visa de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 4 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, que « *la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association des commerçants et à maintenir son adhésion pendant la durée du bail est entachée d'une nullité absolue* »<sup>59</sup>. Cette volonté de faire respecter la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas le propre de la troisième chambre civile. Dans un arrêt rendu le 20 mai 2010, la première chambre civile a confirmé la nullité de la clause d'adhésion obligatoire et a cassé, au nom de l'effectivité des droits fondamentaux, l'arrêt de la Cour d'appel qui, après avoir annulé la clause litigieuse, avait condamné le preneur à payer à l'association une somme équivalente aux cotisations versées avant l'annulation<sup>60</sup>.

14. Enfin, deux autres conventions ont également été examinées à la lumière du droit européen : le contrat d'assurance et le règlement de copropriété.

D'une part, dans un arrêt prononcé le 10 mars 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a contrôlé la conventionnalité d'une clause insérée dans le contrat d'assurance d'un véhicule<sup>61</sup>. Selon cette clause, la preuve du vol du véhicule ne pouvait être apportée qu'au moyen d'indices prédéterminés (détériorations liées à une pénétration par effraction dans l'habitacle, forcement de la direction ou de son antivol et modification des branchements électriques permettant le démarrage du véhicule). Au double

*clauses de variation du contrat de travail*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2011, vol. 104, n° 768 et s., p. 355 et s.

<sup>59</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juin 2003, Bull. n° 125, p. 112 ; *D.* 2003, p. 1695, obs. Y. ROUQUET ; *JCP G* 2003, II, 10190, note Fr. AUQUE ; *D.* 2004, juris., p. 367, note C.-M. BENARD.

<sup>60</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2010, Bull. n° 118 ; *JCP G* 2010, n° 925, note Fr. PLANCKEEL ; *JCP E* 2010, 1692, note J. RAYNAUD ; *JCP G* 2010, n° 983, obs. M. MEKKI.

<sup>61</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2004, Bull. n° 101, p. 86 ; *RCA* 2004, étude 20, obs. D. NOGUERO ; *Revue des contrats*, 2004, p. 938, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, et p. 1080, obs. A. DEBET ; *RTD civ.* 2005, p. 133, note J. MESTRE et B. FAGES.

visa de l'article 1315 du Code civil et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la deuxième chambre civile a jugé que « *la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* » et elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait donné raison à l'assureur.

D'autre part, dans un arrêt rendu le 8 juin 2006, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à vérifier la conventionnalité d'une clause d'un règlement de copropriété<sup>62</sup>. En l'espèce, un couple de copropriétaires avait édifié sur son balcon, pendant une semaine, une construction en végétaux à l'occasion de la fête juive des cabanes. Or, une clause du règlement de copropriété interdisait l'installation de cannisses ou de tout autre matériau le long des garde-corps et des terrasses, et prohibait toute modification susceptible de porter atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble<sup>63</sup>. Aux yeux de l'assemblée générale des copropriétaires, l'édification de cette cabane de roseaux contrevenait au règlement de copropriété et devait donc être retirée. Le couple a porté l'affaire devant la Cour de cassation, en faisant notamment valoir que l'interdiction d'édifier une cabane précaire et temporaire sur leur balcon portait atteinte à leur droit d'exercer leur culte tel que consacré par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. La troisième chambre civile a cependant considéré que les juges du fond avaient « *retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* ».

15. Finalement, tous ces exemples montrent que la Cour de cassation a le « *courage* »<sup>64</sup> de mettre en œuvre l'effet horizontal de la Convention européenne en droit des contrats. Son attitude appelle toutefois deux remarques.

En premier lieu, alors même que la théorie de l'effet horizontal soulève des difficultés théoriques importantes, la Cour de cassation ne fournit aucune explication ni aucune justification à la soumission du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme. À l'instar de Diogène, elle prouve le mouvement en marchant : la Convention européenne a un effet horizontal puisque la Cour de cassation l'applique aux relations contractuelles privées... Comparé aux explications détaillées de la Cour européenne, le silence de la Cour de cassation pourrait surprendre. Il ne faut pas oublier cependant que le juge interne ne se trouve pas dans la même position que le juge européen : ce dernier doit s'expliquer car il doit justifier, légitimer sa compétence en matière de litiges entre personnes

<sup>62</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 juin 2006, Bull. n° 140, p. 115 ; *Petites affiches*, 2006, n° 133, p. 9, note D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2006, p. 724, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJDI* 2007, p. 311, obs. P. CAPOULADE.

<sup>63</sup> V. sur ce point P. CAPOULADE, obs. préc., p. 312.

<sup>64</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ.* 2006, p. 725.



privées ; au contraire, le juge interne est le juge « *naturel* » des relations contractuelles, et sans doute n'éprouve-t-il pas le besoin de s'expliquer lorsqu'il mobilise telle ou telle source du droit pour mener à bien son office.

En second lieu, la Cour de cassation vise les articles de la Convention européenne dans ses arrêts alors même que ce visa pourrait sembler inutile car des textes purement internes auraient permis d'aboutir à des solutions identiques. Il est en effet frappant de constater que la plupart des commentateurs insiste sur l'« autosuffisance » du droit interne : pourquoi fonder la condamnation de la clause d'habitation personnelle sur l'article 8 de la Convention européenne alors que l'article 6 du Code civil aurait constitué un fondement tout à fait adéquat<sup>65</sup> ? Pourquoi ne pas contrôler les clauses de mobilité au regard de l'article L. 120-2 du Code du travail, devenu l'article L. 1121-1, qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »<sup>66</sup> ? Et pourquoi ne pas neutraliser la clause du contrat d'assurance qui porte atteinte à la liberté de la preuve en se fondant sur l'article 1131 du Code civil<sup>67</sup> ? Quant à la clause d'adhésion obligatoire à une association, sa validité n'était-elle pas discutable au regard de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ?

Toutes ces interrogations sont légitimes, car elles s'appuient sur le principe de subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme : le texte européen ne devrait être appliqué par le juge interne que dans les hypothèses où les textes nationaux ne sont pas suffisants pour préserver les droits de l'homme<sup>68</sup>. Force est de constater que la Cour de cassation ne respecte guère le principe de subsidiarité, mais cette attitude relève davantage de la stratégie que de l'indifférence. D'abord, la référence à la Convention européenne permet au juge français d'afficher son attachement au texte protecteur des droits de l'homme, et de mettre en lumière « *la complémentarité des dispositions françaises et européennes* » ainsi que leur possible « *cohabitation harmonieuse* »<sup>69</sup>. En outre, l'invocation de la Convention européenne permet

<sup>65</sup> V. A. DEBET, *op. cit.* (n. 8), n° 437, p. 414.

<sup>66</sup> V. *ibid.*, n° 455, p. 430 ; L.-K. GRATTON, *op. cit.* (n. 58), n° 787 et s., p. 363 et s. ; A. LYON-CAEN et I. VACARIE, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 421 ; Th. AUBERT-MONPEYSSSEN, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses universitaires de Toulouse, 2001, p. 261.

<sup>67</sup> V. en ce sens J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2005, p. 134.

<sup>68</sup> V. J. NORMAND, « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation », in *La procédure en tous ses états – Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Les Petites affiches, 2004, p. 357 ; C. LAURENT-BOUTOT, *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse Limoges, 2006, n° 445 et s., p. 265 et s.

<sup>69</sup> A. DEBET, *art. cit.* (n. 56), p. 973.



à la Cour de cassation d'octroyer « *une portée générale ou de principe à sa décision* »<sup>70</sup>, car le texte européen pare cette dernière d'un surcroît de légitimité.

**16.** En conclusion, sous l'action combinée des jurisprudences européenne et interne, la Convention européenne des droits de l'homme a pu étendre son empire jusqu'aux relations contractuelles privées. Désormais, le respect des droits fondamentaux constitue une limite à la liberté contractuelle.

En admettant l'effet horizontal de la Convention européenne, les juges ont, en quelque sorte, franchi le Rubicon, mais il n'est pas sûr qu'ils poussent leur audace beaucoup plus loin. Il apparaît en effet que les juges font preuve d'une prudence certaine dès lors qu'il s'agit d'appliquer effectivement la Convention européenne des droits de l'homme aux relations contractuelles.

## II. L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUX RELATIONS CONTRACTUELLES : UNE PRUDENCE CERTAINE

**17.** En déclarant la Convention européenne des droits de l'homme applicable aux relations contractuelles, les juges ont peut-être considéré qu'ils avaient fait là l'essentiel. L'important n'est-il pas, en effet, d'affirmer que la liberté contractuelle peut être limitée par les droits fondamentaux ? Mais du principe à la réalité, la distance est souvent grande, et une applicabilité potentielle n'aboutit pas toujours à une application effective.

L'observation des jurisprudences européenne et interne donne l'impression que le juge a été quelque peu effrayé par sa propre audace, et qu'il se sent désormais obligé d'agir avec prudence lorsqu'il lui faut effectivement contrôler la conventionnalité des clauses contractuelles.

**18.** Sans surprise, c'est devant la Cour européenne des droits de l'homme que cette retenue jurisprudentielle ressort avec le plus d'évidence. Nous le savons, il est extrêmement rare que le juge de Strasbourg contrôle directement la valeur d'une clause contractuelle<sup>71</sup>. Seuls deux arrêts semblent pouvoir être évoqués en ce sens : la décision *Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne*<sup>72</sup> rendue par la Commission européenne des droits de

<sup>70</sup> C. LAURENT-BOUTOT, *op. cit.* (n. 68), n° 500, p. 294.

<sup>71</sup> V. *supra* n°s 10-11.

<sup>72</sup> Com. EDH, 6 septembre 1989, *Maximilian Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne*, req. n° 12242/86 ; décisions et rapports n° 62, p. 151.

l'homme le 6 septembre 1989, et l'arrêt *Schüth c/ Allemagne*<sup>73</sup> prononcé par la Cour européenne le 23 septembre 2010. Il s'agissait, dans les deux cas d'espèce, de contrôler la conventionnalité de clauses de loyauté inscrites dans des contrats de travail, et le juge européen en a profité pour indiquer qu'« *en principe, la Convention autorise des obligations contractuelles de ce type si elles sont librement acceptées* »<sup>74</sup>. Parce que les litiges entre personnes privées ne relèvent pas de son domaine classique d'intervention, la Cour européenne préfère donc rester en retrait.

De façon plus surprenante, la Cour de cassation se révèle également réticente à aller jusqu'au bout de sa logique. La soumission des relations contractuelles aux dispositions de la Convention européenne ne s'est pas traduite par un déferlement tous azimuts de décisions révolutionnant le droit des contrats. En droit interne, la prudence est aussi de rigueur. D'une part, le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme reste limité à certains types de contrats (A). D'autre part, le juge s'emploie à moduler les sanctions qu'il peut prononcer à l'encontre de clauses attentatoires aux droits de l'homme (B).

### *A. La limitation du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme*

19. La théorie de l'effet horizontal constitue un passe-partout permettant au juge d'ouvrir toutes les serrures contractuelles. Contrats synallagmatiques ou contrats unilatéraux, à titre onéreux ou à titre gratuit, à exécution instantanée ou exécution successive : *a priori*, tous les contrats sont soumis aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, si bien que la conformité aux droits fondamentaux peut être considérée comme une condition générale de validité des conventions<sup>75</sup>. En ce sens, certains plaident en faveur d'un recours à la Convention européenne pour sanctionner ou, à tout le moins, contrôler certaines clauses contractuelles : les clauses de célibat inscrites dans des contrats à titre onéreux comme à titre gratuit pourraient être annulées sur le fondement de l'article 12 de la Convention européenne protégeant le droit au mariage<sup>76</sup>, tandis que la validité des clauses

<sup>73</sup> Arrêt précité.

<sup>74</sup> Com. EDH, 6 septembre 1989, *Maximilian Rommelfanger c/ République fédérale d'Allemagne*, décision précitée, p. 170 ; Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 71.

<sup>75</sup> V. notamment É. GARAUD, « La violation d'un droit fondamental », in *Lamy Droit du contrat*, étude 245. V. également l'article 59 alinéa 2 du projet de réforme du droit des contrats établi sous la direction de Fr. TERRÉ : le contrat « *ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime* » (*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2009).

<sup>76</sup> V. P. HILT, *op. cit.* (n. 16), n° 216 et s., p. 113 et s.

de non-sollicitation ou des clauses de dédit pourraient être réévaluée à l'aune de la Convention européenne<sup>77</sup>.

Dans ce contexte, il est remarquable de constater que le contentieux contractuel n'a pas été englouti par un raz-de-marée provoqué par l'irruption des droits de l'homme. Et ce, pour deux raisons.

**20.** D'abord, le juge interne – en première ligne dans le contentieux contractuel – n'accède pas systématiquement à la demande des requérants qui invoquent une violation de la Convention européenne par une clause contractuelle. Par exemple, dans un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 2000<sup>78</sup>, une société commerciale avait conclu une promesse de vente de son fonds de commerce avec une autre société. Or, ce fonds de commerce était exploité en vertu d'un bail commercial réservant au bailleur un droit de préemption. Informé de la promesse de vente, le bailleur a décidé de préempter, ce qui a conduit la société à agir en justice pour demander l'annulation de la cession. Déboutée par les juges du fond, la société commerciale a formé un pourvoi en cassation en faisant notamment valoir que la clause de préemption en faveur du bailleur était illicite car contraire à l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit au respect des biens. La troisième chambre civile n'a pas été convaincue par cette argumentation : elle a considéré que la cour d'appel avait « *exactement retenu qu'aucun texte ne prohibe l'insertion, dans le bail de locaux à usage commercial d'une clause prévoyant un droit de préemption au profit du bailleur en cas de cession de ce contrat ou du fonds de commerce* », et elle a ajouté que la société commerciale « *invoquait à tort l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme* »<sup>79</sup>. L'invoication du texte européen n'est donc pas toujours un gage de succès.

Ensuite, et surtout, il semble que le juge n'exerce un contrôle de conventionnalité qu'à l'égard de certains contrats spéciaux. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation ne s'est-elle construite qu'à partir d'une poignée de contrats : le contrat de bail (bail d'habitation et bail commercial), le contrat de travail, le contrat d'assurance et le règlement de copropriété. Curieusement, ces mêmes contrats réapparaissent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le contrat de bail d'habitation dans les arrêts *Langborger c/ Suède* et *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, le contrat de travail dans les arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenhaar* prononcés contre l'Allemagne, et le contrat d'assurance dans l'arrêt *Van Kück c/ Allemagne*.

<sup>77</sup> V. Pierre-Yves GAUTIER, art. cit. (n. 17), p. 494.

<sup>78</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juillet 2000, Bull. n° 138, p. 95.

<sup>79</sup> *Ibid.*

Mais le rapprochement des jurisprudences interne et européenne ne doit peut-être rien au hasard.

21. En pratique, le champ d'application de la Convention européenne est limité à des contrats qui présentent les mêmes caractéristiques, le même « profil » : chacun de ces contrats révèle un rapport de force susceptible de créer des déséquilibres dans la convention. Or, la doctrine n'a pas manqué de souligner que le risque d'atteinte aux droits fondamentaux « *est accru dans les contrats déséquilibrés qui sont le lieu d'exercice d'un pouvoir privé, ce dernier pouvant se révéler aussi menaçant pour les droits fondamentaux d'un individu que peut l'être la puissance publique* »<sup>80</sup>. Il s'agit alors pour le juge de puiser dans les ressources de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'assurer au mieux la protection de la partie faible contre la partie contractuellement forte<sup>81</sup>. Le contrat de travail illustre parfaitement cette logique : les relations de travail constituent « *un champ de prédilection pour la recherche d'une protection vigilante des droits fondamentaux* »<sup>82</sup>, car « *la nature même du rapport de travail subordonné suppose une restriction à l'exercice des libertés fondamentales* »<sup>83</sup>. De la sorte, si le juge contrôle particulièrement la conventionnalité du contrat de travail, c'est parce que ce contrat est, par nature, potentiellement attentatoire aux droits de l'homme. Et ce constat vaut pour les autres contrats : le preneur à bail et l'assuré peuvent être considérés comme étant en position de faiblesse par rapport au bailleur et à l'assureur, d'où un contrôle juridictionnel attentif des clauses susceptibles de remettre en cause les droits fondamentaux de la partie la plus vulnérable. Finalement, seul le règlement de copropriété échappe à cette logique de protection de la partie faible.

D'où la nécessité d'affiner l'analyse : les contrats ayant fait l'objet d'un contrôle de conventionnalité sont révélateurs de rapports de force qui naissent et se développent dans des domaines « sensibles », car liés aux conditions de vie des parties concernées. Ainsi, le bail d'habitation et le règlement

<sup>80</sup> S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel – Contrat et Convention européenne des droits de l'homme », in *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 229.

<sup>81</sup> V. J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel 'de protection de la partie faible' : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 851.

<sup>82</sup> J.-M. VERDIER, « Relations de travail et droits fondamentaux – Une jurisprudence en éveil », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 653. V. déjà, du même auteur, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », in *Les orientations sociales du droit contemporain – Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 427.

<sup>83</sup> L.-K. GRATTON, *op. cit.* (n. 58), n° 774, p. 357.

de copropriété sont des contrats qui ont pour objet le « *cadre de vie* »<sup>84</sup> des intéressés. Quant au contrat de travail et au bail commercial, ils sont au cœur de la vie professionnelle du contractant et lui offrent des moyens de subsistance. Enfin, le contrat d'assurance participe de la protection de la personne et des biens de l'assuré. Comme l'explique une doctrine autorisée, la Cour de cassation cherche avant tout à protéger deux droits « fondamentaux » : « *le droit de gagner sa vie par son activité professionnelle* »<sup>85</sup> et « *le droit de préserver sa vie existentielle* »<sup>86</sup>. En d'autres termes, la liberté contractuelle est limitée par la prise en considération des droits de l'homme à chaque fois que le contrat en question porte sur des intérêts « vitaux ».

22. En résumé, si, en théorie, tous les contrats sont soumis à la Convention européenne des droits de l'homme, en réalité, seuls certains types de contrats, présentant un « profil » particulier, font effectivement l'objet d'un contrôle de conventionnalité. Une telle limitation du champ d'application de la Convention européenne peut être interprétée de deux manières.

Selon un premier point de vue, cette limitation pourrait être perçue comme n'étant que transitoire. N'ayant pas encore l'habitude de manier la Convention européenne dans les relations contractuelles, le juge se montrerait prudent et concentrerait son attention sur les contrats les plus « sensibles », dans lesquels les violations des droits fondamentaux seraient les plus flagrantes. Mais une fois passée cette phase d'adaptation, le juge serait en mesure de vérifier la conformité de n'importe quel contrat aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon un second point de vue, la limitation du champ d'application de la Convention européenne serait quasiment structurelle. En effet, le droit interne n'a pas attendu que les droits de l'homme fassent une entrée fracassante sur la scène juridique pour encadrer la liberté contractuelle lorsqu'un contrat portant sur des intérêts « vitaux » révèle un déséquilibre. Ainsi que l'a noté la doctrine, « *la Cour de cassation a eu recours à la Convention européenne des droits de l'homme pour priver d'effet une clause au bénéfice de la partie réputée la plus faible à propos de contrats qui font l'objet d'un traitement social depuis les premières années du XX<sup>e</sup> siècle* »<sup>87</sup>. Effectivement, toute la réglementation des baux d'habitation, des baux commerciaux ou encore du contrat de travail est portée par le souci de rééquilibrer une situation contractuelle

<sup>84</sup> R.-N. SCHÜTZ, « Les droits fondamentaux du locataire de l'immeuble à usage d'habitation », *Droit et procédures*, janvier-février 2008, p. 7.

<sup>85</sup> J.-P. GRIDEL, « Les droits fondamentaux du contractant au quotidien sont l'objet d'une attention prétorienne renouvelée », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 197.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>87</sup> Chr. JAMIN, art. cit. (n. 12), p. 192.

où l'une des parties est en position de faiblesse par rapport à l'autre, et où ce déséquilibre est considéré comme nocif car remettant en cause les conditions de vie et de subsistance de la personne. La Convention européenne des droits de l'homme ne serait alors qu'un instrument supplémentaire à disposition du juge pour corriger les excès de la liberté contractuelle<sup>88</sup>. Dans cette perspective, le texte européen n'aurait pas vocation à embrasser l'ensemble du contentieux contractuel, mais ne serait utilisé que pour contrôler la validité de contrats classiquement considérés comme « sensibles ».

En tout état de cause, la révolution du droit des contrats n'a pas eu lieu<sup>89</sup>. Pas encore, du moins. Les limites imposées à la liberté contractuelle au nom des droits de l'homme s'inscrivent dans le prolongement des limites qui lui ont été imposées depuis un siècle. Le juge n'est donc pas prêt à bouleverser le paysage juridique actuel – ce qui se traduit également par sa volonté de moduler les sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme.

### ***B. La modulation des sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme***

**23.** La protection des droits fondamentaux n'est effective que si les atteintes qui leur sont portées entraînent le prononcé d'une véritable sanction. En effet, « *voilà déjà longtemps que les spécialistes des libertés publiques et des droits de l'homme ont souligné la nécessité impérieuse d'assortir leur reconnaissance de sanctions spécifiques et adéquates, sans lesquelles elle perd en grande partie de sa signification* »<sup>90</sup>. Or, la question de la sanction des atteintes aux droits de l'homme ne se pose pas dans des termes identiques devant le juge européen et devant le juge interne.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant ne peut réclamer une remise en cause du contrat attentatoire à ses droits fondamentaux ; seule une condamnation de l'État est envisageable<sup>91</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Schüth c/ Allemagne*, le juge de Strasbourg a examiné la clause de loyauté inscrite dans le contrat de travail que le requérant avait conclu avec l'Église catholique. Il a considéré que « *l'on ne saurait interpréter la signature apposée par le requérant sur ce contrat comme un engagement personnel sans équivoque de vivre dans l'abstinence en cas de séparation ou de divorce* », et qu'« *une telle interprétation affecterait le cœur même du droit au respect de la vie privée de*

<sup>88</sup> V. en ce sens *ibid.*, p. 193.

<sup>89</sup> V. en ce sens Cl. LALAUT, art. cit. (n. 8), p. 561.

<sup>90</sup> J.-M. VERDIER, art. cit. (n. 82), p. 667.

<sup>91</sup> V. notamment J.-Fr. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 802, p. 896.

*l'intéressé* »<sup>92</sup>. Dans la mesure où les juridictions nationales n'ont pas respecté cette directive d'interprétation, le juge européen a conclu que « *l'État allemand n'a pas procuré au requérant la protection nécessaire et que, partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention* »<sup>93</sup>. La sanction de l'atteinte au droit au respect de la vie privée ne s'est donc pas traduite par une annulation du contrat litigieux.

Au contraire, devant la Cour de cassation, la nullité du contrat est la sanction logique des atteintes aux droits fondamentaux du contractant. En effet, la doctrine a montré que « *la protection de l'individu et de ses droits fondamentaux constitue désormais l'une des principales missions de l'ordre public* »<sup>94</sup>. Autrement dit, les droits fondamentaux sont une composante de l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil, et toute clause contraire à l'ordre public doit être annulée<sup>95</sup>. Ainsi, aux yeux de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, la clause d'adhésion obligatoire à une association insérée dans un bail commercial « *est entachée d'une nullité absolue* »<sup>96</sup>. Et la même troisième chambre civile de préciser par ailleurs que cette nullité devait avoir une portée réelle et aboutir à la restitution pure et simple des cotisations versées par le preneur avant l'annulation de la clause litigieuse<sup>97</sup>. En ce qui concerne la clause du contrat d'assurance limitant la preuve du vol à certains indices prédéterminés, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a seulement affirmé que « *la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* »<sup>98</sup>, ce qui laisserait entendre que la clause litigieuse doit être neutralisée, c'est-à-dire annulée.

**24.** La conclusion est donc simple : dès lors que le juge interne est confronté à une clause portant atteinte à un droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, il doit sanctionner cette atteinte, et il doit la sanctionner par la nullité de la clause. Or, il ressort de certains arrêts que le juge interne n'est pas toujours convaincu de la nécessité d'annuler la clause litigieuse. Il n'hésite pas en effet à moduler les sanctions des atteintes

<sup>92</sup> Cour EDH, 23 septembre 2010, *Schüth c/ Allemagne*, arrêt précité, § 71.

<sup>93</sup> *Ibid.*, n° 75.

<sup>94</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in 1804-2004, *le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 474. V. également Cl. BRUNETTI-PONS, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in *Études offertes à Philippe Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 124. V. cependant les nuances apportées par J.-B. SEUBE, *Revue des contrats*, 2006, p. 1151.

<sup>95</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, art. cit. (n. 94), p. 480. V. déjà L. JULLIOT DE LA MORAN-DIÈRE, « L'ordre public en droit privé interne », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 392.

<sup>96</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juin 2003, arrêt précité.

<sup>97</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mai 2010, arrêt précité.

<sup>98</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2004, arrêt précité.



aux droits de l'homme, comme si la nullité de la clause lui semblait parfois trop radicale.

Ainsi, la clause d'habitation personnelle inscrite dans un bail d'habitation a fait l'objet d'un traitement particulier. Dans les arrêts rendus le 6 mars 1996 et le 22 mars 2006, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que les « *clauses d'un bail d'habitation ne peuvent avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* »<sup>99</sup>. De prime abord, la Cour de cassation ne semble pas se prononcer sur la validité de la clause litigieuse ; elle paraît se contenter d'en limiter les effets. Pourtant, une autre lecture est possible : la clause d'habitation personnelle portant atteinte aux prescriptions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle doit être considérée comme nulle *et de nul effet* (« *quod nullum est, nullum producit effectum* »<sup>100</sup>). Dans cette hypothèse, la limitation des effets de la clause résulterait de la remise en cause de sa validité. Cette seconde interprétation pourrait d'ailleurs trouver un appui dans la loi du 13 juillet 2006<sup>101</sup> qui a consacré la solution jurisprudentielle en l'inscrivant dans la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs<sup>102</sup>. Aux termes de l'article 4 *n* de la loi de 1989, « *est réputée non écrite toute clause... qui interdit au locataire d'héberger des personnes ne vivant pas habituellement avec lui* »<sup>103</sup>. Or, le fait pour le législateur de réputer une clause non écrite s'apparente davantage au prononcé d'une nullité partielle qu'à une limitation des effets de la clause<sup>104</sup>.

Telle n'est pourtant pas la voie empruntée par la Cour de cassation. Dans l'arrêt prononcé le 10 mars 2010, la troisième chambre civile considère que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la stipulation contractuelle interdisant le prêt des lieux à un tiers sans le consentement exprès et par écrit du bailleur, était licite, ne faisait pas obstacle, conformément aux dispositions de l'article 8 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, à ce que le preneur héberge un membre de sa famille mais prohibait qu'il mette les locaux à disposition d'un tiers, quel qu'il soit, si lui-même n'occupait plus effectivement les locaux* »<sup>105</sup>. Deux enseignements résultent de ce long motif. D'une part,

<sup>99</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 mars 1996, arrêt précité ; 22 mars 2006, arrêt précité.

<sup>100</sup> V. notamment A. PIEDELIÈVRE, « Quelques réflexions sur la maxime '*quod nullum est, nullum producit effectum*' », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 638.

<sup>101</sup> L. n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JO 16 juillet 2006, p. 10662, art. 84.

<sup>102</sup> L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JO 8 juillet 1989, p. 8541.

<sup>103</sup> V. R.-N. SCHÜTZ, art. cit. (n. 84), p. 12 ; J.-P. GRIDEL, art. cit. (n. 85), p. 208.

<sup>104</sup> V. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (n. 7), n° 82, p. 102. Pour autant, « *le réputé non écrit n'est pas une nullité partielle* » (S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006, n° 98, p. 55).

<sup>105</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 10 mars 2010, arrêt précité.



la Cour de cassation ne remet pas en cause la validité de la clause d'habitation personnelle : celle-ci est « licite ». D'autre part, la Cour de cassation se contente de limiter les effets de la clause de façon à ce qu'elle respecte les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. En cela, la Haute juridiction se conforme aux directives d'interprétation des actes juridiques proposées par la Cour européenne dans son arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre* rendu le 13 juillet 2004 : le juge national doit conférer aux actes juridiques « *le sens le plus conforme au droit interne et à la Convention telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour* »<sup>106</sup>. La sanction de l'atteinte à un droit fondamental n'est donc pas systématiquement la nullité de la clause litigieuse ; elle peut également consister en une « reconfiguration » des effets de cette clause.

**25.** Une telle modulation des sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme témoigne du souci de la Cour de cassation de parvenir à un équilibre entre le respect de la volonté des contractants et le respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette opération de mise en balance, le recours à la nullité peut alors apparaître déstabilisant. C'est ce qui ressort également de la jurisprudence relative aux clauses de mobilité inscrites dans certains contrats de travail.

Selon l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 12 janvier 1999, toute personne peut librement choisir son domicile, et « *une restriction à cette liberté n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »<sup>107</sup>. Il faut remarquer que la Cour de cassation ne se prononce pas expressément sur la validité de la clause de mobilité, mais sur la validité de la « restriction à la liberté de choisir son domicile ». La distinction semble subtile, elle est pourtant déterminante. Ainsi, dans un arrêt inédit prononcé le 3 novembre 2004, la chambre sociale a approuvé la cour d'appel qui avait estimé que la mutation imposée à la salariée « *n'était ni indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ni proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché* »<sup>108</sup>. Or, pour fonder sa décision, la cour d'appel avait retenu « *que l'employeur avait mis en œuvre la clause de mobilité avec précipitation en impartissant à la salariée un délai de prévenance et de réflexion insuffisant* ». Ce n'est donc pas la validité de la clause de mobilité qui

**106** Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, § 62 ; *RTD civ.* 2004, note J.-P. MARGUÉ-NAUD ; *JCP G* 2005, II, 10052, note Fr. BOULANGER ; *D.* 2005, juris., p. 1832, note E. POISSON-DROCOURT ; *Defrénois* 2005, art. 38285, p. 1909, note Ph. MALAURIE ; *Revue des contrats*, 2005, p. 645, note J. ROCHFELD.

**107** Cass. Soc., 12 janvier 1999, arrêt précité.

**108** Cass. Soc., 3 novembre 2004, inédit, pourvoi n° 03-40158.

est contestée, mais bien sa mise en œuvre par l'employeur. Dans un arrêt rendu le 14 octobre 2008, la chambre sociale a confirmé cette approche, puisqu'elle a reproché à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié « *si la mise en œuvre de la clause contractuelle ne portait pas une atteinte au droit de la salariée à une vie personnelle et familiale et si une telle atteinte pouvait être justifiée par la tâche à accomplir et était proportionnée au but recherché* »<sup>109</sup>.

En résumé, et pour reprendre la formule employée par un éminent conseiller à la Cour de cassation, « *la jurisprudence, évitant de se prononcer sur la validité intrinsèque de la clause de mobilité... concentre... son attention sur des exigences à respecter lors de son éventuelle mise en œuvre* »<sup>110</sup>. Il s'agit, ici encore, de concilier « *la protection due aux libertés invoquées et l'efficacité qu'il convient d'accorder aux clauses contractuelles en limitant l'exercice* »<sup>111</sup>.

**26.** La jurisprudence interne n'a donc pas instauré un système monolithique de sanctions des clauses attentatoires aux droits de l'homme : selon les cas, ces clauses sont annulées ou simplement limitées dans leurs effets.

Reste à envisager un dernier point : la « sanction » d'un contrat attentatoire aux droits de l'homme ne pourrait-elle pas consister en l'ajout d'une obligation ? En d'autres termes, au-delà de l'« effet élusif » qui aboutit à « *amputer le contrat d'une de ses stipulations* », la Convention européenne des droits de l'homme pourrait-elle avoir un « effet additif » tendant à « *l'ajout au contrat d'une nouvelle prestation* »<sup>112</sup> ? La Cour de cassation a déjà apporté une réponse à cette interrogation. Dans un arrêt en date du 18 décembre 2002, la troisième chambre civile a jugé, au visa notamment de l'article 9 de la Convention européenne garantissant la liberté de religion, que « *les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* »<sup>113</sup>. Par cette affirmation, la Haute juridiction refuse tout « effet additif » à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>114</sup> qui, du coup, ne peut être considérée comme une

**109** Cass. Soc., 14 octobre 2008, Bull. n° 192 ; *Revue de droit du travail*, 2008, p. 731, note G. AUZERO ; *D.* 2008, juris., p. 3041, note M.-C. ESCANDE-VARNIOL ; *JCP G* 2008, II, 10021, note D. JACOTOT. V. également Cass. Soc., 13 janvier 2009, Bull. n° 4.

**110** J.-P. GRIDEL, art. cit. (n. 85), p. 204.

**111** L.-K. GRATTON, *op. cit.* (n. 58), n° 857, p. 393.

**112** É. GARAUD, *RJPF* avril 2003, p. 9.

**113** Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 décembre 2002, Bull. n° 262, p. 227 ; *RJPF* avril 2003, p. 9, note É. GARAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 290, note J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2003, p. 383, note J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 575, note R. LIBCHABER ; *Revue des contrats*, 2003, p. 220, obs. A. MARAIS.

**114** V. notamment R.-N. SCHÜTZ, art. cit. (n. 84), p. 13 ; S. CHASSAGNARD-PINET, art. cit. (n. 80), p. 237 ; L. ABADIE, art. cit. (n. 25), p. 78.

source d'obligations complétives au sens de l'article 1135 du Code civil<sup>115</sup>. Certains voient dans cet arrêt l'affirmation d'un principe de « *laïcité contractuelle* »<sup>116</sup> ; nous y voyons surtout une preuve supplémentaire de la prudence qui guide le juge dans son application de la Convention européenne des droits de l'homme aux relations contractuelles.

**115** V. en ce sens Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2005, vol. 46, n° 262, p. 532.

**116** N. DAMAS, « Droit du bail et droit des obligations », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 171.

# Les droits fondamentaux des personnes morales<sup>1</sup>

*Kiteri GARCIA*

77

Une communication relative aux « droits fondamentaux des personnes morales » appelle à une certaine prudence. En effet, ce thème pose des problèmes de définitions s'agissant de la réunion de deux notions perçues comme abstraites. En raison du cadre de cette journée qui invite avant tout à des discussions et débats, le choix a été fait de ne pas s'attarder sur les questions notionnelles. D'une part le temps manquerait s'agissant de deux notions regardées avec suspicion et qui mériteraient une analyse en profondeur. D'autre part, un risque est ainsi évité puisqu'il paraît que les droits fondamentaux ne sont pas du droit<sup>2</sup> et que la personne morale n'est qu'une fiction ; ce qui laisserait sous entendre, à trop s'appesantir sur les définitions, que cette communication porte sur l'application du néant à un objet qui n'existe pas...

Afin de poser tout de même les éléments nécessaires à la discussion, il convient d'entendre par *personne morale* tout groupement doté de la personnalité juridique et qui bénéficie donc, à ce titre, de droits et d'obligations<sup>3</sup>. L'étude se limite aux personnes morales de droit privé dans la mesure où cette catégorie offre un vaste champ de groupements : de la société à l'association

<sup>1</sup> Le style oral de cette communication a été pour l'essentiel conservé. Les paroles introductives ne sont pas reproduites et des titres ont été ajoutés, de même que quelques notes de bas de page pour une meilleure information du lecteur intéressé.

<sup>2</sup> F. VIANGALLI, « Les Droits de l'homme sont-ils vraiment du droit ? », *RDLF*, 2011, chron. n° 18.

<sup>3</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 753.

en passant par le syndicat, de la petite et moyenne entreprise familiale à la société transnationale. Pour ce qui est des *droits fondamentaux*, ils représentent une prérogative primordiale, prééminente et dotée d'une valeur supérieure à ce qui s'y appuie<sup>4</sup>. Les droits fondamentaux dont l'application aux personnes morales est envisagée ici doivent être entendus au sens large et seront assimilés aux droits de l'homme, tels qu'entendus par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Jusqu'à présent dans le cadre de cette journée, ce sont essentiellement les droits fondamentaux au sein des personnes morales qui ont été évoqués<sup>5</sup>. Mais les personnes morales – et donc parmi elles l'entreprise perçue comme un "citoyen économique"<sup>6</sup> – sont elles aussi dotées de droits et libertés fondamentaux. Il ne s'agit alors plus des droits fondamentaux *dans* les personnes morales mais des droits fondamentaux *des* personnes morales. S'interroger sur les droits fondamentaux des personnes morales ne consiste pas non plus à exposer les liens susceptibles d'exister entre droits fondamentaux et personnes morales et notamment le rôle des personnes morales comme défenseur d'une cause individuelle dans un procès portant sur les droits fondamentaux. Aborder les droits fondamentaux des personnes morales conduit à réfléchir sur la reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales c'est-à-dire la reconnaissance paradoxale de droits de l'homme à des entités qui n'en sont pas.

Le débat aujourd'hui n'est plus de savoir si les personnes morales sont titulaires de droits fondamentaux, elles en ont, tout au moins au regard du droit français et du droit européen. Il n'y aurait ni grande originalité, ni grand intérêt à recenser l'intégralité de ces droits. Par souci de concision, disons que les personnes morales bénéficient d'abord d'un droit à la liberté, notamment la liberté d'entreprendre, la liberté d'établissement et la libre prestation de service ; c'est le fondement même de l'économie libérale ou néolibérale. Les droits fondamentaux garantissent encore aux personnes morales le respect du droit de propriété, du domicile, de la liberté d'expression, de l'égalité c'est-à-dire de la non-discrimination, du procès équitable. Selon une classification usuelle, les personnes morales jouissent ainsi de droits substantiels et de droits procéduraux. En revanche, l'intérêt porte sur les contours de cette jouissance<sup>7</sup> : ce qu'on peut en craindre, ce qu'il faut en attendre.

De prime abord, il peut paraître inconcevable que les droits fondamentaux, à vocation originellement humaniste, puissent bénéficier à des personnes morales et donc parmi elles aux entités économiques. Certes, il

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>5</sup> Par exemple le respect dû aux droits fondamentaux des salariés.

<sup>6</sup> C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 376.

<sup>7</sup> Pour cette approche du sujet, voir la riche thèse de R. PIERRE, *Les droits fondamentaux des personnes morales de droit privé*, thèse Limoges, 2010.

est original que des mécanismes de protection prévus pour l'être humain s'appliquent à des personnes morales, sujets de droits désincarnés<sup>8</sup>. Pour autant, le soulèvement doctrinal est-il justifié, les craintes sont-elles fondées ? Il semble qu'au-delà des inquiétudes théoriques (I), l'examen de la pratique mène à davantage de quiétude (II).

## I. LES INQUIÉTUDES THÉORIQUES

Les craintes et critiques formulées à l'égard de la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales sont nombreuses et ont deux points de départ différents : par nature, la personne morale ne pourrait être titulaire de droits fondamentaux (A), de plus les droits fondamentaux ne sauraient, sans dévoiement, bénéficier aux personnes morales (B).

### A. L'incompatibilité originelle

Pour une partie de la doctrine, les personnes morales ne peuvent bénéficier de droits fondamentaux. Appliquer aux groupements des mécanismes de protection prévus pour l'être humain porterait tout d'abord atteinte à la primauté de la personne humaine, elle favoriserait ensuite de manière démesurée les personnes morales.

– Une telle application revient à mettre sur le même plan personne humaine et personne non humaine<sup>9</sup> et porte atteinte à la primauté de la première catégorie. En ce sens, une égalité dans la distribution des droits est préjudiciable à la personne humaine et les prérogatives doivent être distinguées en fonction de leur titulaire. À titre d'exemples, l'honneur d'une société ne peut pas valoir celui d'un individu diffamé et la liberté d'expression d'une entreprise ne saurait être aussi respectable que celle d'un citoyen personne physique.

Que répondre à cette prétendue atteinte à la primauté de la personne humaine ?

S'il faut convenir que les droits fondamentaux et *a fortiori* les droits de l'homme ont été initialement reconnus aux personnes humaines, pourquoi différencier aujourd'hui personnes physiques et personnes morales ? Ces dernières ne sont qu'une technique permettant aux personnes physiques

<sup>8</sup> A. LECOURT, « Contentieux sociétaire et CEDH », *Dr. et patr.* 2010, n° 194, p. 58.

<sup>9</sup> G. LOISEAU, « Des droits humains pour personnes non humaines », *D.* 2011, p. 2558.

d'exercer collectivement une activité et donc d'exercer leur liberté : d'association, d'entreprendre, de pratiquer une religion<sup>10</sup>,... Si c'est bien la personne physique qui bénéficie de droits à l'origine, ces personnes se regroupent et l'exercice des droits devient collectif ; ce sont ces libertés collectives qui se muent en droits fondamentaux reconnus à l'entité que le groupe forme<sup>11</sup>. Dès lors, il existe toujours une part « d'humanité »<sup>12</sup> dans l'existence d'une personne morale, une humanité collective qui dispose de libertés collectives. La Commission EDH a ainsi relevé « *qu'un organe ecclésial ou une association à but philosophique ou religieux a la capacité de posséder et d'exercer le droit à la liberté de religion, car lorsqu'un tel organe introduit une requête, il le fait en réalité au nom de ses membres* »<sup>13</sup>.

– Reconnaître des droits fondamentaux aux personnes morales revient à les accorder aux entreprises, notamment commerciales. Or, le fait d'octroyer à ces dernières la protection des droits fondamentaux, qu'elles soient poursuivies ou poursuivantes, renforce une situation d'acteurs économiques déjà puissants. Il ne s'agirait là que de l'une des stratégies du capitalisme<sup>14</sup>, une faveur accordée à des sociétés à la recherche de profits et guidées par des impératifs d'efficacité et de rentabilité. Le marché, qui ne devait constituer qu'une étape, oriente aujourd'hui la politique si bien que les entreprises les plus puissantes détiennent le pouvoir économique, indirectement le pouvoir politique et désormais, elles disposent en plus d'attributs juridiques efficaces. L'idée qui sous-tend cette critique est d'envisager les droits fondamentaux comme un ultime rempart contre les excès du marché<sup>15</sup>. Or, ce rempart aurait cédé. Le symbole est d'autant plus important qu'on a pu croire, à un moment, que les droits fondamentaux pouvaient supplanter le marché et de fait, l'humaniser<sup>16</sup>. L'octroi de droits fondamentaux renforcerait la puissance des entreprises. Cette surprotection est d'autant plus inadéquate

<sup>10</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDLF*, 2011, chron. n° 15.

<sup>11</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS précise ainsi que la personnalité juridique doit alors être comprise comme une technique offerte par le système juridique aux individus pour déployer collectivement une activité lucrative ou non. Il s'agit alors simplement d'une « *transmutation des libertés collectives des membres en droits fondamentaux de l'entité personnifiée* » (*ibid.*)

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Comm. EDH, 15 avril 1996, *Kustannus Oy Vappa Ajatteliija AB et a. c/ Finlande*, DR n° 85-B, p. 29.

<sup>14</sup> En éclaircur, G. RIPERT l'avait déjà détecté : pour lui, la « *grande habilité* » du capitalisme a été de revendiquer pour les personnes morales, sous couvert du principe d'égalité, la jouissance des mêmes droits que ceux des personnes humaines, cf. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 71.

<sup>15</sup> F. RIEM, « Le contentieux de la concurrence et la CEDH », *Dr. et patr.*, 2010, n° 194, p. 85.

<sup>16</sup> Voir par exemple l'affaire *Omega* dans laquelle la protection de la dignité a mis à mal la libre circulation des marchandises, CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH*, affaire C-36/02.

qu'elle intervient à un moment où l'on tente de leur en imposer le respect par exemple au travers du Pacte Mondial ou *Global Compact*<sup>17</sup> : leur conférer ces droits revient à faire passer les bourreaux pour des victimes potentielles. Pour illustrer ce propos, alors qu'avant les droits fondamentaux des salariés pouvaient s'opposer au simple intérêt de l'entreprise, la confrontation se fait aujourd'hui à armes égales : droits fondamentaux des salariés contre droits fondamentaux de l'entreprise. Un rapport élaboré par le Directeur du Programme Droits Humains, représentant auprès de l'ONU a repris les propos du Président du groupe industriel ABB. Celui-ci déclare : « *Je définirai la globalisation par la liberté pour mon groupe d'investir où il veut, le temps qu'il veut, pour produire ce qu'il veut, en s'approvisionnant et en vendant où il veut, et en ayant supporté le moins de contraintes possibles en matière de droit du travail et de conventions sociales* »<sup>18</sup>. Ces propos démontrent la puissance et l'indifférence de certaines entreprises à l'égard des droits fondamentaux. Dès lors, était-il nécessaire, alors même que certaines se targuent de ne pas les respecter, de leur attribuer ?

Que dire sur ce prétendu cadeau fait aux personnes morales leur conférant une protection démesurée ? Premièrement, nous le verrons, la pratique rééquilibre les enjeux. Deuxièmement, au regard de l'applicabilité théorique des droits fondamentaux aux personnes morales, il est bien évidemment impossible de distinguer, au sein des groupements, ceux qui mériteraient des droits fondamentaux de ceux qui ne les mériteraient pas. Sur quel critère fonder une telle distinction ? Faudrait-il refuser l'octroi de ces droits à toute société commerciale ? Ou déterminer un seuil de chiffre d'affaires au-delà duquel une entreprise ne bénéficierait pas de droits fondamentaux ? Ou s'attacher à n'accorder ces droits qu'aux groupements ayant un objet social « louable » ? Il s'agirait, appelons les choses par leur nom, d'une discrimination. Une telle différenciation est impossible à faire quant à l'attribution des droits fondamentaux aux personnes morales. Aurait-il fallu pour autant réfuter ces prérogatives à l'intégralité des personnes morales ? Dans ce cas, *quid* de l'entreprise de presse sans liberté d'expression, de l'association de protection des consommateurs sans droit au juge ou sans respect du procès équitable ? La personne morale n'est pas nécessairement synonyme de puissante société commerciale. Certaines personnes morales à but lucratif sont aussi « l'outil de travail » de personnes physiques. De même, la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales permet de mieux

<sup>17</sup> « *Il s'agit d'un pacte par lequel des entreprises s'engagent à aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption* » (<http://www.unglobalcompact.org>).

<sup>18</sup> M. OZDEN, « Sociétés transnationales et droits humains », collection du Programme Droit Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM), p. 3.



prendre en compte des droits individuels. En effet, grâce à leur expertise, elles sont parfois mieux placées pour défendre des intérêts collectifs pour lesquels l'individu isolé serait d'ailleurs irrecevable à agir. On pense par exemple au rôle des syndicats ou d'associations de protection de l'environnement. Troisièmement, faire des personnes morales des titulaires de droits fondamentaux leur confère tout autant de devoirs, au moins dans une perspective horizontale de diffusion des droits. Si les personnes morales les revendiquent, elles ne peuvent pas en priver les autres et doivent respecter leur exercice par autrui. Quatrièmement, et pour ce qui est des droits conférés par la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH), il est toujours possible d'utiliser la clause de sauvegarde prévue à l'article 17 de ce texte<sup>19</sup>, disposition d'autant plus applicable qu'elle vise expressément les groupements : il n'est pas possible d'utiliser un droit de la Convention pour se livrer à une activité ou accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention. Par exemple, la Cour a estimé qu'invoquer la liberté d'expression en matière de révisionnisme constitue un abus de droit<sup>20</sup>.

Il existe donc un certain nombre d'éléments venant contrebalancer les critiques théoriques relatives à l'impossibilité d'octroyer des droits fondamentaux aux personnes morales. Toutefois, les critiques ne s'en tiennent pas là : certaines avancent que l'octroi de droits fondamentaux aux personnes morales porterait atteinte à l'essence même des droits fondamentaux.

### *B. L'altération des droits fondamentaux*

Permettre aux personnes morales d'être titulaires de droits fondamentaux conduirait à la déformation de ces droits et entraînerait leur dévoiement. L'inquiétude sous-jacente porte alors sur la préservation du sens et de la consistance de la notion de droit fondamental.

Le fondement théorique duquel procède l'applicabilité de droits fondamentaux aux personnes morales est l'assimilation. Celle-ci induit qu'il n'y ait plus de différences entre personnes morales et personnes physiques. Ainsi, ce procédé s'inscrit dans une logique non pas statique, mais dynamique, de sorte qu'elle peut prétendre à une extension continuelle<sup>21</sup>. Rien

<sup>19</sup> Article 17 Convention EDH : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

<sup>20</sup> CEDH, 24 juin 2003, *Garaudy c/ France*, RTDH, n° 59, 2004, p. 653, note M. LEVINET.

<sup>21</sup> R. PIERRE, *op. cit.* (n. 7), n° 65.

n'empêcherait alors une personne morale de revendiquer des droits qui, par nature, n'appartiennent qu'aux personnes physiques, jusqu'à mener à de véritables aberrations et incongruités. Par exemple, une atteinte au droit au mariage pourrait être invoquée en cas de refus de fusion. Ou encore dans le cadre de procédures judiciaires, des personnes morales feraient valoir des actes de tortures ou des traitements dégradants. De même, la dissolution de la personne morale, peine prévue par le Code pénal, s'apparenterait à une atteinte du droit à la vie, tout comme une liquidation judiciairement prononcée ou une rupture abusive de crédits générant une cessation des paiements. Pour rester sur cette dernière violation du droit à la vie, l'article 2 de la Convention EDH indique que « *le droit à la vie est garanti pour toute personne* » et d'un point de vue juridique *personne* est synonyme de *sujet de droit*, non pas systématiquement d'être humain. Une telle assimilation, d'apparence improbable, se justifierait donc d'un point de vue juridique. Si l'on a forcé le trait pour illustrer le propos de potentielles aberrations, certaines existent déjà comme la réparation du préjudice moral des personnes morales<sup>22</sup>. Or, une personne morale est une entité abstraite imperméable aux états d'âme : le préjudice moral correspond en réalité à un préjudice matériel difficilement évaluable mais paré de l'habit du préjudice moral<sup>23</sup>. Une autre aberration résulte également de l'application du droit au respect de la vie privée aux personnes morales afin de protéger leur droit à la réputation et au secret des affaires. C'est alors le concept même de vie privée qui se trouve dénaturé. En principe, seuls les actes les plus intimes sont refoulés dans la sphère privée, or la pudeur est un sentiment et par nature la personne morale est un sujet de droit technique, donc apudique<sup>24</sup>. Face à de telles aberrations, l'objectif suprême des droits fondamentaux doit être préservé : ils ont pour objet de protéger la dignité de l'homme, objet du droit et permettent d'éviter que la personne ne soit niée en tant que personne<sup>25</sup>. La logique voudrait alors que l'on refuse cette qualification aux droits pour lesquels ce rattachement est trop lointain<sup>26</sup>. Seul l'être humain peut être concerné, l'homme et non la personne. Les valeurs de dignité et de liberté, sur lesquelles s'appuient les droits fondamentaux des personnes, sont des valeurs étrangères aux personnes morales. Le terme de droit fondamental apporte indéniable-

<sup>22</sup> Admise à la fois par la CEDH et la Cour de cassation. Voir notamment CEDH, 6 avril 2000, *Comingersoll c/ Portugal*, req. n° 35382/97 et récemment Cass. com., 15 mai 2012, note V. WESTEROUISSE, *JCP* 2012, éd. G, II, *JCP* 2012, éd. G, II, 1012.

<sup>23</sup> Selon l'expression de R. PIERRE, *op. cit.* (n. 7), n° 115. Voir notamment sur ce point CEDH, 21 décembre 2004, *Centrum Stavebního Inženýrství, A.S. c/ République tchèque*, req. n° 65189/01 et CEDH, 30 mars 2006, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş c/ Turquie*, req. n° 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/0.

<sup>24</sup> Sur cette question, voir les développements de R. PIERRE, *op. cit.* (n. 7), n° 138 et s.

<sup>25</sup> E. DREYER, « Du caractère fondamental de certains droits », *RRJ*, 2006, p. 558.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 559.

ment un surcroît d'autorité, une solennité. Mais entre légitimation et auto-célébration, le risque est grand de banaliser, altérer et déformer les droits fondamentaux.

Si cette inquiétude quant à l'altération des droits fondamentaux se justifie, elle ne s'adresse pas directement l'octroi de droits fondamentaux aux personnes morales mais vise le procédé utilisé c'est-à-dire l'assimilation. Les aberrations découlent du procédé ; c'est alors ce dernier qui doit être regardé comme la boîte de Pandorre et non l'applicabilité en elle-même des droits fondamentaux aux personnes morales. Les critiques sont ainsi nombreuses à l'égard de l'attribution des droits fondamentaux aux personnes morales. Toutefois, si l'on change d'angle de vue et que l'on quitte la théorie, on constate que d'inquiétante, la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales n'entraîne que peu de heurts et de dangers à l'examen de la pratique.

## II. UNE PRATIQUE RASSURANTE

Inutile pour l'instant de crier haro sur les personnes morales ou les droits fondamentaux. Certes, la théorie peut sembler inquiétante car elle laisse croire, au travers d'une approche fonctionnelle, que le marché instrumentalise les droits fondamentaux. Toutefois, la pratique se veut bien plus rassurante. D'une part on y constate une adaptation dans la mise en œuvre des droits fondamentaux octroyés aux personnes morales (A). D'autre part, il semblerait qu'une construction d'ensemble émerge permettant de rendre plus cohérente cette reconnaissance et donc d'apaiser les craintes. Une conception autonome des droits fondamentaux des personnes morales verrait le jour, en particulier dans la jurisprudence de la CEDH (B).

### *A. L'adaptation dans la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales*

En théorie on l'a vu, rien n'empêche une entreprise d'invoquer par exemple l'article 2 de la Convention EDH relatif au droit à la vie en cas de dissolution ou l'article 3 en cas de souffrance économique. Il ne s'agit pour l'instant que d'inquiétudes théoriques car en pratique, de telles requêtes n'aboutiraient pas. Par exemple, la construction prétorienne du droit à la vie s'oppose à son application à une personne morale puisqu'elle est fondée sur une réalité biologique. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg, avant même que la question lui soit directement posée, a considéré qu'une

association, donc une personne morale, « ne saurait se prétendre victime d'une violation des droits personnels dont les titulaires ne peuvent être que les personnes physiques, tels les droits à la vie et à la santé »<sup>27</sup>. Le juge demeure garant de la cohérence dans l'application des textes et n'ignore pas la dimension naturelle de certains droits, dimension qui explique leur inapplicabilité à la personne morale. En ce sens, le risque d'aberrations est limité.

Un autre problème théorique a été soulevé : octroyer des droits fondamentaux aux groupements – et parmi eux aux entreprises – serait un outil de domination économique. La pratique se veut rassurante sur ce point également. La CEDH n'ignore pas la puissance de la personne morale et peut rééquilibrer les enjeux, notamment dans la confrontation personne physique / personne morale. Elle accorde ainsi une importance particulière aux droits des personnes physiques. Sans aller jusqu'à opérer une discrimination dans l'applicabilité des droits fondamentaux aux personnes morales, la CEDH admet que l'on puisse distinguer pour l'étendue des droits et l'intensité de leur protection selon la taille ou le poids de la personne morale en question. Elle a par exemple procédé de la sorte en ce qui concerne le droit à la liberté d'expression. Elle accorde ainsi une importance moindre à la liberté d'expression commerciale et reconnaît à l'Etat une grande marge d'appréciation sur cette question. Par contre, ce nivellement de la protection n'atteint pas la liberté d'expression politique des organes de presse ou des associations de défense d'un intérêt général. Qui plus est, au sein même de la catégorie des organes de presse, la juridiction européenne a également très peu de considération pour la presse *people*. De façon générale, la CEDH n'est pas indifférente aux inégalités de fait ou de conditions, souvent économiques, entre les intérêts en conflit. À cet égard l'affaire *Steel et Morris*<sup>28</sup> est emblématique. Elle mettait en cause l'action en diffamation engagée par une grande société multinationale (McDonald's) contre deux citoyens britanniques. La Cour a relevé que les dommages et intérêts auxquels les intéressés avaient été condamnés étaient très substantiels si on les comparait à leurs revenus des plus modestes, et que les sociétés plaignantes étaient de puissantes sociétés commerciales. La Cour conclut que les dommages-intérêts accordés étaient disproportionnés au but légitime poursuivi et a condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 10 de la Convention<sup>29</sup>.

Enfin, la pratique révèle une relative indifférence des personnes morales à l'égard des droits fondamentaux. L'invocation de ces droits par les groupements

**27** CEDH (déc.), 10 juillet 2006, *Sdruzeni Jihoceske Matky c/ République tchèque*, req. n° 19101/03 et CEDH (déc.), 10 juillet 2006, *Folkman et autres c/ République tchèque*, req. n° 23673/03.

**28** CEDH, 15 février 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, req. n° 68416/01.

**29** CEDH, 15 février 2005, *Steel et Morris c/ Royaume-Uni*, req. n° 68416/01, pt 96 de l'arrêt.

demeure résiduelle, il ne s'agit pas d'un contentieux de masse. De surcroît, toutes les personnes morales ne sont pas en quête de droits fondamentaux : les sociétés transnationales par exemple ne sollicitent guère la protection des droits fondamentaux. Elles ne sont guère favorables aux normes contraignantes, surtout lorsqu'elles ne participent pas au processus d'élaboration. Elles leur préfèrent les codes de conduite volontaires, qui les mettent à l'abri de véritable contrôle extérieur indépendant<sup>30</sup>. Enfin, le contentieux ne peut être envisagé comme la seule invocation par les personnes morales de droits invoqués contre l'État ou une personne physique. Ces droits peuvent aussi être utilisés dans les rapports *inter* personnes morales<sup>31</sup>. Dans ce cas, et s'agissant par exemple de sociétés commerciales, leur utilisation peut également constituer une forme de régulation.

Dès lors, l'encadrement par la pratique et l'adaptation dans la mise en œuvre des droits fondamentaux aux personnes morales se veut rassurante. Ce sentiment est renforcé par une construction récente susceptible de dissiper les dernières inquiétudes.

### ***B. Les débuts d'une conception autonome des droits fondamentaux des personnes morales ?***

Il semblerait que l'application des droits fondamentaux aux personnes morales gagne en autonomie en s'écartant de la technique imprécise de l'assimilation. Il est possible que cette évolution s'inspire de l'article 19 de la Loi fondamentale allemande. Pour ce texte, l'applicabilité des droits fondamentaux aux personnes morales exige que la nature du droit en question permette son exercice par de telles entités.

L'évolution, perceptible dans la jurisprudence strasbourgeoise, se décompose en deux étapes. La première résulte de l'affaire *Gorzelik et autres c/ Pologne* rendu par la Grande Chambre le 17 février 2004<sup>32</sup>. Cet arrêt a renouvelé l'interprétation de l'article 11 de la Convention EDH relatif au droit d'association : « *le droit d'établir une association constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 11 [...]. La possibilité pour les citoyens de former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens* »<sup>33</sup>. Après avoir

<sup>30</sup> M. OZDEN, art. cit. (n. 18), p. 21.

<sup>31</sup> Voir par exemple Cass. com., 15 mai 2012, note V. WESTER-OUISSE, *JCP* 2012, éd. G, II, 1012.

<sup>32</sup> CEDH (Gr. Ch.), 17 février 2004, *Gorzelik et autres c/ Pologne*, req. n° 44158/98.

<sup>33</sup> CEDH (Gr. Ch.), 17 février 2004, *Gorzelik et autres c/ Pologne*, arrêt précité, pt 88.

mentionné « *l'association* », la juridiction supranationale se réfère plus généralement à la « *personne morale* » et proclame ainsi l'existence véritable d'un droit fondamental à la personnalité juridique des personnes morales<sup>34</sup>. De cette première étape il résulte que l'exercice du droit à la liberté d'association implique la possibilité de créer des personnes morales mais aussi une protection offerte pendant toute leur durée de vie afin qu'elles puissent mener librement leurs activités. L'article 11 devient ainsi le siège des droits à la personnalité juridique<sup>35</sup> et à l'existence<sup>36</sup> des personnes morales. Toute la vie sociale de la personne morale se trouverait dès lors garantie sur le fondement de ce texte. Il ne serait donc plus question d'assimiler les droits des personnes morales à ceux des personnes physiques et seuls les droits nécessaires à l'existence et à la réalisation des activités des groupements lui seront reconnus.

La seconde étape intervient avec l'arrêt *Uj contre Hongrie*, rendu le 19 juillet 2011<sup>37</sup>. Suite à la publication d'un article, un journaliste a été condamné par les juridictions nationales pour diffamation. Il avait critiqué la qualité d'un vin produit par une entreprise, allant jusqu'à écrire que « *des centaines de milliers de Hongrois boivent [cette] merde avec fierté, voire dévotion* ». Il saisit la CEDH pour atteinte à son droit à la liberté d'expression. La Cour rend un constat de violation, elle ne prend donc pas la défense de la réputation de l'entreprise à laquelle les propos ont porté atteinte. Cet arrêt est important à plusieurs niveaux. Il confirme tout d'abord l'existence d'un droit à la réputation des personnes morales, tout en estimant qu'il y a une « *différence entre une atteinte à la réputation d'une personne physique, qui peut entraîner des répercussions sur la dignité de celle-ci, et une atteinte à la réputation commerciale d'une société, laquelle n'a pas de dimension morale* ». Pour la Cour européenne, la protection de la réputation commerciale se distingue de la réputation d'une personne physique, notamment parce qu'elle n'a pas de conséquence sur la dignité. La Cour semble accorder plus d'importance à la première qu'à la seconde et s'éloigne donc, dans cette décision, de la technique de l'assimilation. De plus, alors que la réputation d'un individu est habituellement envisagée sous l'angle de l'article 8 de la Convention EDH, la Cour se garde ici d'utiliser le même fondement. Elle n'en donne d'ailleurs aucun de sorte qu'il existe un droit à la réputation de la personne morale mais qui est pour l'heure orphelin. Le refus d'utiliser l'article 8 de la Convention

<sup>34</sup> R. PIERRE, *op. cit.* (n. 7), n° 175.

<sup>35</sup> *Ibid.*, n° 169 et s.

<sup>36</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, « Ébauche européenne d'un droit à l'existence des personnes morales », *RTD civ.* 1998, n° 4, p. 997.

<sup>37</sup> CEDH, 19 juillet 2011, *Uj c/ Hongrie*, req. n° 23954/10, *Comm. com. électr.* 2012, n° 5, étude 10, note R. PIERRE, « La protection européenne du droit à la réputation : de la nécessaire distinction entre personne physique et personne morale ».

en matière de réputation commerciale, alors même que ce texte est pourtant déjà applicable aux personnes morales, pourrait marquer une phase d'attente avant d'abriter le droit à la réputation sous l'article 11, ce qui permettrait un fondement unique aux droits fondamentaux des personnes morales.

La pratique indique qu'il n'y a pas lieu de s'effaroucher de l'attribution des droits fondamentaux aux personnes morales. N'en déplaise à une partie de la doctrine, un retour en arrière est peu probable quant à l'octroi de droits fondamentaux aux groupements : la jouissance de ces droits ne leur sera pas retirée. Dès lors, autant faire en sorte que cette attribution résulte d'un fondement cohérent et contrôlé. A l'aune de la Convention EDH, le prétendu danger s'amoindrit puisque la jurisprudence limite l'anthropomorphisme généré par la technique d'assimilation et cantonne les risques d'incohérence et les abus. De surcroît, il ne faut pas oublier que derrière les concepts et les théories – de la fiction, de la réalité, de la personnalité juridique – le juge intervient et que c'est à lui de rendre vivant ce qui relève finalement de la seule construction mentale et verbale.

# Droits fondamentaux et mesures antiterroristes : l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes

Lisa DUMOULIN

Il n'y a plus rien de simple<sup>1</sup> à évoquer les droits fondamentaux, tant la notion<sup>2</sup> montre de complexité et de ressources à la fois<sup>3</sup>, et tant son utilisation dans des domaines très divers au titre des « *droits et libertés auxquels peuvent prétendre tous justiciables dans un État de droit* »<sup>4</sup> ont fait l'objet de développements, nombreux et riches. Le phénomène ne saurait d'ailleurs vraisemblablement se tarir dans les années à venir, précision étant faite qu'en l'absence de sources écrites, le « *bloc de fundamentalité* »<sup>5</sup>

89

<sup>1</sup> Si tant est qu'il y ait eu un jour quelque chose de simple à ce faire...

<sup>2</sup> V. par ex. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323.

<sup>3</sup> Si, à l'origine, la Communauté européenne ignorait les droits fondamentaux en raison de sa nature économique, l'Union s'est progressivement dotée d'un *corpus* important en matière de droits fondamentaux, dont le catalogue recouvre à la fois des droits civils et politiques, économiques et sociaux et des droits dits « de nouvelle génération », au point qu'aujourd'hui, l'action même du législateur européen est orientée par sa politique en matière de droits de l'homme, depuis la mise en place de l'Agence des droits fondamentaux. V. sur ce point Fl. BENOIT-ROHMER, « L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, une boussole pour l'Union en matière de droits fondamentaux », *L'Europe des Libertés*, n° 34, janvier 2011, Doctr. p. 2.

<sup>4</sup> La définition est extraite de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, rubrique « Droits fondamentaux », PUF, 2008.

<sup>5</sup> A. BERRAMDANE, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RDUE*, 2009, p. 441 et s.



développé par la Cour de Justice<sup>6</sup> a été conforté par l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'accession de la Charte des droits fondamentaux au rang des traités<sup>7</sup>.

Pour autant, des interrogations demeurent – récurrentes – à l'égard des droits fondamentaux, s'agissant tant de leur essence que de leur fonction. Par ailleurs, des questions – nouvelles – jaillissent en permanence, le plus souvent suite à l'application spécifique opérée par les juges au titre des droits fondamentaux, mais aussi au regard de leur diversification et de leur intégration dans un système de normes, de valeurs et de pratiques lui-même en constante évolution. La réflexion autour de ces droits reste donc d'actualité, pour ne pas dire qu'elle s'impose plus que jamais.

Dans cette perspective, la présente contribution se propose d'évoquer les droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes<sup>8</sup>, et singulièrement d'analyser la rencontre des droits fondamentaux avec la mesure de gel des avoirs – mesures restrictives prises contre les présumés terroristes (individus ou entités dont le nom figure sur des *black lists*) ayant pour effet de priver ces derniers de la libre disposition de leurs biens, pour éviter qu'ils ne financent l'action terroriste. En effet, ce prisme des mesures antiterroristes permet d'apporter un éclairage original et pertinent sur les droits fondamentaux, on le verra, outre que lesdites mesures touchent tout autant aux droits fondamentaux, qu'à l'ordre public et aux libertés économiques, notions qui sont au cœur de la présente journée d'étude.

À cet égard, justement, sans doute faut-il replacer d'abord cette question de la rencontre des droits fondamentaux et de la mesure de gel des avoirs dans le cadre plus précis de ces trois thèmes qui gouvernent notre journée, de sorte à faire quelques rappels sur l'organisation des mesures antiterroristes, et surtout à insister sur les relations qui existent entre l'ordre public, les libertés économiques et les droits fondamentaux dans ce cadre spécifique.

<sup>6</sup> Cour de Justice, « CJCE » devenue « CJUE ».

<sup>7</sup> Si depuis 1970, la CJUE protège les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire, inspirés des traditions constitutionnelles communes des États membres, et de la CEDH – cette dernière revêtant une « signification particulière » –, désormais, ces droits reçoivent en effet un fondement textuel autonome, grâce à la Charte des droits fondamentaux de l'Union (signée au sommet de Nice le 7 décembre 2000) qui reprend les droits énoncés par la Convention et qui a la même valeur juridique que les traités fondateurs (TFUE, art. 6.1).

<sup>8</sup> La question est souvent traitée sous l'angle de l'articulation des droits fondamentaux avec les instruments de coopération judiciaire répressive (V. par ex. M.-C. GUÉRIN, « La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice en matière de lutte contre le terrorisme et d'harmonisation ou de coopération pénale », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2010, étude 20, ou G. TAUPIAC-NOUVEL, « La garantie des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire pénale européenne », *Droit pénal*, n° 9, sept. 2010, étude 22.

L'ordre public, d'abord, doit s'entendre en matière d'antiterrorisme comme l'impératif de sécurité collective qui justifie cette même lutte contre le terrorisme<sup>9</sup>, lutte exercée par différentes institutions tant au niveau international, régional que national.

En pratique, en effet, il faut rappeler que, sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations Unies<sup>10</sup>, et principalement depuis une quinzaine d'années, le Conseil de Sécurité de l'ONU a adopté plusieurs résolutions tendant à élaborer des mécanismes de lutte contre le terrorisme, dont l'efficacité doit être garantie sur la scène internationale. Au titre de ces résolutions, et pour ce qui nous intéresse spécifiquement dans le cadre de cette étude, figurent notamment les résolutions 1267 (1999) et 1373 (2001). S'agissant de la résolution 1267 (1999), son paragraphe 4, sous b), prescrit à tous les États, notamment, de geler les fonds et autres ressources financières des talibans d'Afghanistan, en raison de leur soutien à Oussama ben Laden. À ce titre, les États membres sont tenus de communiquer à un Comité des sanctions – communément appelé « Comité 1267 » et institué au sein de l'organisation internationale<sup>11</sup> – les informations relatives aux personnes ou entités soupçonnées ou convaincues de participer, de près ou de loin, à l'activité de certains réseaux terroristes. Ces personnes et entités peuvent, par suite, être inscrites sur des listes noires (*black lists*) tenues à jour par le Comité des sanctions<sup>12</sup> et conduisant à des mesures de gel des avoirs, ainsi que des mesures de limitation de la liberté de circulation. Une résolution 1333 (2000) du Conseil de Sécurité<sup>13</sup> a considérablement étendu et renforcé ce régime des mesures restrictives, dirigé à l'origine contre les seuls talibans, son paragraphe 8, sous c), disposant notamment que tous les États devront geler sans retard les fonds et autres actifs financiers d'Oussama ben Laden et des individus et entités qui lui sont « associés », tels qu'identifiés par le Comité des sanctions, et veiller à ce qu'aucun fond ou actif financier ne soit mis à la disposition ou

<sup>9</sup> Sur l'impératif de l'efficacité, paradigme de référence de la sécurité collective, V. M. ARCARI, « Les exigences de la sécurité collective », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Équilibres et déséquilibres de la balance*, Bruylant, « Droit et Justice », 92, 2010, spéc. p. 14 et s.

<sup>10</sup> Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies (signée à San Francisco, 26 juin 1945) définit les actions à entreprendre en cas de menace contre la paix, rupture de paix et acte d'agression.

<sup>11</sup> Au paragraphe 6 de la résolution 1267 (1999), le Conseil de Sécurité a décidé de créer un Comité du Conseil de Sécurité, composé de tous ses membres, et chargé de veiller notamment à la mise en œuvre par les États des mesures imposées par le paragraphe 4 de ladite résolution.

<sup>12</sup> Précision étant faite qu'outre la surveillance par les États de l'application des mesures restrictives, le Comité des sanctions tient à jour une liste récapitulative des personnes et entités dont les fonds et autres ressources économiques doivent être gelés en vertu des résolutions du Conseil de Sécurité ; les États peuvent ainsi demander au Comité des sanctions d'ajouter des noms sur la liste, sachant que les propositions d'ajout de noms doivent être motivées, et que l'État demandeur doit préciser si les informations fournies dans sa motivation peuvent être communiquées à l'individu ou l'entité ciblée ou non, ainsi qu'aux autres États qui en font la demande.

<sup>13</sup> Résolution 1333 (2000) du Conseil de Sécurité, en date du 19 déc. 2000.

utilisé au bénéfice d'Oussama ben Laden ou de ses associés, y compris l'organisation Al-Qaida<sup>14</sup>. Dans ce contexte, le Conseil de l'Union européenne a pris certains règlements en vue d'assurer l'application des résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU<sup>15</sup> ; ces règlements intègrent donc les dispositions des normes édictées par l'organisation internationale, ainsi que les listes établies sous l'égide du Comité des sanctions. Les règlements européens sont par suite régulièrement modifiés par la Commission au gré de ces mises à jour assurées par ledit Comité, selon que celui-ci procède à l'ajout ou au retrait de certaines personnes ou entités, ou modifie les données d'identification relatives aux unes ou aux autres. S'agissant de la seconde résolution – la résolution 1373 (2001) du 28 septembre 2001 –, elle instaure un régime plus large de sanctions. Le paragraphe 1, sous c), de cette résolution dispose en effet et notamment que tous les États gèlent sans attendre les fonds et autres avoirs financiers des personnes qui commettent, ou tentent de commettre, des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, des entités appartenant à ces personnes ou contrôlées par elles, et des personnes et des entités agissant au nom, ou sur instruction, de ces personnes. L'identification de ces personnes ou entités est toutefois laissée à l'entière discrétion des États. Là encore, considérant qu'une action de la Communauté était nécessaire afin de mettre en œuvre cette résolution du Conseil de Sécurité, le Conseil a notamment adopté, d'une part, la position commune 2001/931/PESC, du 27 décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme<sup>16</sup>, et, d'autre part, le règlement n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>17</sup>. Ces actes

**14** La résolution 1333 (2000) a été suivie par une série d'autres résolutions du Conseil de Sécurité qui ont modifié, renforcé et actualisé le régime des mesures restrictives visant Oussama ben Laden, les talibans et les personnes, groupes, entreprises et entités qui leur sont associés (v. les résolutions 1390 [2002], 1455 [2003], 1526 [2004], 1617 [2005], 1735 [2006], 1822 [2008] et 1904 [2009]).

**15** Les États membres de l'Union européenne réunis au sein du Conseil ayant considéré, dans diverses positions communes adoptées au titre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), qu'une action de la Communauté européenne était nécessaire afin de mettre en œuvre les diverses résolutions du Conseil de Sécurité, le Conseil a successivement adopté, notamment, le règlement (CE) n° 337/2000, du 14 février 2000, concernant l'interdiction des vols et le gel des fonds et autres ressources financières décidés à l'encontre des talibans d'Afghanistan (*JO* L 43, p. 1), le règlement (CE) n° 467/2001, du 6 mars 2001, interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains vols vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidés à l'encontre des talibans d'Afghanistan, et abrogeant le règlement n° 337/2000 (*JO* L 67, p. 1), et le règlement n° 881/2002. Ces deux derniers règlements prescrivent notamment le gel des fonds et des autres ressources économiques des personnes, des groupes et des entités désignés par le comité des sanctions et identifiés à leur annexe I. La Commission européenne est habilitée à modifier ladite annexe I sur la base des décisions du Conseil de Sécurité ou du Comité des sanctions.

**16** Position commune 2001/931/PESC, du 27 décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (*JO* L 344, p. 93).

**17** Règlement (CE) n° 2580/2001, du 27 décembre 2001, concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (*JOCE* L 344, p. 70, rectificatif au *JOCE* 2010, L 52, p. 58).

prescrivent, notamment, le gel des fonds et des autres ressources économiques des personnes, des groupes et des entités impliqués dans des actes de terrorisme, tels qu'identifiés par le Conseil lui-même et repris dans une liste en annexe, régulièrement révisée, sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision a été prise par une autorité compétente, en principe judiciaire, à l'égard des personnes, des groupes et des entités visés, qu'il s'agisse de l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, fondée sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles, ou qu'il s'agisse d'une condamnation pour de tels faits.

On le comprend, c'est donc principalement par une action politique impulsée au niveau international par l'ONU et relayée ensuite par les États et l'Union européenne, que s'organise la lutte antiterroriste, et, partant, que la préservation de l'ordre public – la sécurité collective – se trouve en principe renforcée.

Or, cette exigence de sécurité – ou cette considération d'ordre public au sens large – conduit, en matière antiterroriste, à une restriction des libertés, et singulièrement à une restriction des libertés économiques. Rappelons en effet que, si initialement la lutte antiterroriste passait par des mesures d'embargo qui avaient pour effet d'isoler économiquement du reste du monde un ou plusieurs États jugés « terroristes », aujourd'hui les mesures sont dites « ciblées »<sup>18</sup>, c'est-à-dire qu'elles ne jouent qu'à l'encontre d'individus ou d'entités clairement identifiés, faisant d'ailleurs l'objet d'une désignation individuelle au sein des fameuses *black lists* précitées. Or, à l'évidence, inscrire un individu ou une entité sur une liste noire au nom d'une exigence de sécurité, d'où il résultera un gel de ses avoirs, cela consiste bien en une restriction manifeste à sa liberté économique, celle de disposer librement de ses biens. Si l'appellation « sanctions économiques », utilisée quelquefois en l'espèce, n'est pas anodine à cet égard, de fait, le lien entre ordre public et liberté(s) économique(s) est ainsi établi, en matière d'antiterrorisme.

Pourtant – troisième élément de ce qui pourrait apparaître comme une sorte « d'équation » –, cette restriction à la liberté économique, portée par la mesure antiterroriste de gel des avoirs au nom de l'ordre public, ne saurait s'effectuer sans considération aucune des droits fondamentaux des individus et entités ciblés par ces mesures. En matière d'antiterrorisme, ces principes sont *a priori* saufs, puisque – depuis l'inscription sur les *black lists* jusqu'à l'application des mesures de gel des avoirs – toute action se doit d'être menée

<sup>18</sup> On parle aussi de *smart sanctions* ou de sanctions intelligentes. V. A. MIRON, « Les sanctions ciblées du Conseil de Sécurité des Nations Unies ; réflexions sur la qualification juridique des listes du Conseil de Sécurité », *Rev. du Marché Commun et de l'UE*, n° 529, juin 2009, p. 355 ; M. BEULAY, « La mise en œuvre des *smart sanctions* des Nations Unies par les États membres et la Communauté européenne », *ibid.*, p. 367.

dans le respect des droits fondamentaux, conformément au principe selon lequel l'espace de liberté, de sécurité et de justice se doit d'être avant tout un espace unique de protection de ces droits<sup>19</sup>, outre le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans le cadre de sa compétence propre<sup>20</sup>.

Les liens entre les trois notions ayant été identifiés en matière antiterroriste – et « l'équation » finale pouvant alors être posée comme suit : l'ordre public conduit à une restriction des libertés économiques, mais ce, sous réserve du respect des droits fondamentaux –, on peut désormais entrer pleinement dans l'analyse des relations unissant les droits fondamentaux et les mesures antiterroristes, et poser la question centrale de l'incidence des droits fondamentaux sur le régime des mesures antiterroristes, ou plus singulièrement sur le régime des mesures de gel des avoirs subies par les présumés terroristes.

À cet égard, notre réponse sera organisée en trois temps. Premier temps, il s'agira de montrer que l'incidence des droits fondamentaux sur le régime des mesures antiterroristes est réelle (I) ; nous en détaillerons ainsi l'expression, en rappelant les obstacles qui ont pu jalonner le chemin menant à ce résultat. Dans un deuxième temps, on développera l'idée que cette incidence est également assez troublante (II), non seulement au vu des résultats concrets que produit l'entrée des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes, mais aussi au vu de la façon dont l'ONU a intégré cette nouvelle dimension dans son propre système. Troisième temps enfin, on soulignera que l'incidence des droits fondamentaux s'avère également édifiante (III) : les mesures antiterroristes et le gel des avoirs forment en effet, on l'a annoncé, un prisme très intéressant pour analyser les droits fondamentaux, et revenir sur la question de leur essence et de leur fonction, ainsi que pour analyser le positionnement du juge communautaire ; on essaiera donc, à titre terminal, de tirer quelques conclusions plus générales sur les droits fondamentaux et sur ses juges, à la lumière – éblouissante ou aveuglante, selon les cas – des mesures antiterroristes et du gel des avoirs.

**19** V. art. 1.1.1. du Programme de Stockholm : « *Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens* » (Conseil européen du 2 déc. 2009, n° 17024/09).

**20** Sur ce contrôle, v. J. AUVRET-FINCK, « Le contrôle des décisions du Conseil de Sécurité par la Cour européenne des droits de l'homme », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 213.

## I. L'INCIDENCE RÉELLE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE RÉGIME DES MESURES ANTITERRORISTES ET DU GEL DES AVOIRS

L'entrée des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes et leur incidence sur la procédure et le régime du gel des avoirs des présumés terroristes paraissent une évidence : comment imaginer que de telles mesures restrictives puissent être prononcées sans que les individus et entités concernés puissent réagir, contester lesdites mesures, ou faire valoir leur défense ? Il est un fait, pourtant, que l'association des droits fondamentaux et des mesures antiterroristes est longtemps restée quasi-lettre morte, dès lors que ces mesures émanaient de l'ONU, organisation qui ne connaît pas de contrôle juridictionnel de ses décisions, pas plus sur le terrain des droits fondamentaux que sur un autre terrain, et pas plus au niveau international que national<sup>21</sup>. Il faudra donc que – non sans difficultés et interrogations juridiques majeures<sup>22</sup> – ce soit la Cour de justice de l'Union<sup>23</sup> qui endosse la responsabilité d'un tel contrôle juridictionnel<sup>24</sup> – *via* le contrôle de légalité des règlements communautaires transposant une résolution onusienne – pour que les droits fondamentaux fassent leur entrée dans le cadre du régime des mesures antiterroristes, et deviennent enfin une réalité.

Pour le vérifier, il convient de retracer d'abord l'affaire *Kadi*, laquelle a magistralement conduit à l'affirmation du principe du contrôle juridictionnel par le juge communautaire des règlements européens d'application des résolutions onusiennes (A), pour mieux évoquer ensuite le régime juridique

**21** Sur l'attitude des juges français, v. V. TOMKIEWICZ, « Les juridictions françaises », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 293, et sur le fait qu'il est crucial que les juges nationaux s'emparent aussi de la question du contrôle des décisions onusiennes, v. L. BALMOND, « Conclusions », *ibid.*, p. 373.

**22** V. D. SIMON et A. RIGAUX qui qualifient de « laboratoire » le contentieux né de l'application des sanctions prévues par le Conseil de Sécurité « *au sein duquel les rapports entre droit international et droit communautaire sont revisités* », dans « Le droit international revisité par le juge communautaire : les surprises du contentieux des sanctions économiques anti-terroristes », in *Hommage à J.-A. Tossouz - Droit international et coopération internationale*, France Europe Éd., 2007, spéc. p. 795.

**23** Sur l'idée d'une « *voie européenne assumant la responsabilité de se constituer en une puissance régionale civilisatrice et médiatrice, plus apte à affronter les défis de la terreur, sans pour autant sacrifier la justice à des considérations d'opportunité ou d'efficacité* » (S. DIMITROULIAS, « L'humanisme juridique européen à l'épreuve du terrorisme : le crépuscule de la clémence ? », *L'homme et la société*, n° 159, janv. 2006, spéc. p. 116).

**24** Sur les carences des mécanismes onusiens et le fait que les systèmes de protection européens et nationaux ont cherché à les compenser par l'intervention des institutions européennes et nationales dans la mise en œuvre des sanctions, v. J. RIDEAU et C. GREWE, « Avant-propos. Dans les plateaux de la balance », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), spéc. p. 3 et s. et, dans le détail, J. RIDEAU, « Le maintien des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *ibid.*, p. 87.

actuel des mesures antiterroristes, telles qu'elles peuvent être prononcées, sous réserve donc du « nouveau » respect des droits fondamentaux (B).

### *A. L'affaire Kadi et l'arrêt de la CJUE du 3 septembre 2008*

Monsieur Kadi est un ressortissant saoudien, homme d'affaires et financier. Il prétend n'avoir jamais été mêlé au terrorisme, ni n'avoir jamais apporté aucun soutien, financier ou autre, au terrorisme. Il n'a par ailleurs jamais été jugé ni reconnu coupable pour une quelconque infraction pénale relative au terrorisme, où que ce soit dans le monde. Quoiqu'il en soit, au motif que « *l'individu Yasin Abdullah Ezzedine Qadi [...] satisfait aux conditions d'inscription par le [Comité des sanctions] en raison de ses actes consistant en a) le fait de participer au financement, à l'organisation, à la facilitation, à la préparation ou à l'exécution d'actes ou d'activités en association avec le réseau Al-Qaida, Oussama ben Laden ou les talibans, ou toute cellule, filiale ou émanation ou tout groupe dissident, sous leur nom, pour leur compte ou pour les soutenir ; b) le fait de fournir, vendre ou transférer des armements et matériels connexes à ceux-ci ; c) le fait de recruter pour le compte de ceux-ci ; d) le fait de soutenir, de toute autre manière, des actes commis par ceux-ci ou des activités auxquelles ils se livrent* », les fonds de M. Kadi ont été gelés dans l'ensemble de l'Union depuis 2001, M. Kadi ayant fait l'objet d'une inscription sur la liste du Comité des sanctions de l'ONU – liste relative aux personnes liées à Oussama ben Laden, aux talibans et au réseau Al Qaida –, liste reprise et intégrée ensuite par un règlement européen (n° 2062/2001<sup>25</sup>), et produisant ses effets restrictifs à l'encontre de M. Kadi. Ce dernier saisit alors le Tribunal de l'UE d'un recours visant à l'annulation du règlement européen le concernant, sur le fondement des droits fondamentaux, au motif notamment que le règlement en cause viole son droit à être entendu ainsi que son droit à une protection juridictionnelle effective et qu'il organise une atteinte disproportionnée à son droit de propriété.

Le 21 septembre 2005, le Tribunal de première instance de l'Union rejette son recours<sup>26</sup>. Il juge, en substance, qu'il découle des principes régissant l'articulation des rapports entre l'ordre juridique international issu des Nations Unies et l'ordre juridique communautaire que le règlement concerné, dès lors qu'il vise à mettre en œuvre une résolution adoptée par le Conseil de Sécurité, ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel

<sup>25</sup> Règlement CE n° 467/2001 (JOCE L 277, p. 25), modifié par le règlement CE n° 2062/2001 du 19 oct. 2001.

<sup>26</sup> TPICE, 21 sept. 2005, aff. T-315/01 et T-306/01, *Kadi et Yusuf Al-Barakaat*.



quant à sa légalité interne, sauf pour ce qui concerne sa compatibilité avec les normes relevant du *jus cogens*, et bénéficie donc, sous cette réserve, d'une immunité juridictionnelle<sup>27</sup>. Partant, le Tribunal a jugé que c'était au regard du seul *jus cogens*, entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger, que la légalité du règlement n° 881/2002 en cause<sup>28</sup> pouvait être examinée, y compris pour ce qui concernait les moyens tirés par le requérant d'une violation de ses droits fondamentaux.

Par son arrêt du 3 septembre 2008<sup>29</sup>, la Cour va annuler la décision du Tribunal<sup>30</sup> et le règlement litigieux n° 881/2002, marquant ainsi un revirement de jurisprudence majeur, et ouvrant la voie au contrôle juridictionnel des mesures antiterroristes, sur le terrain des droits fondamentaux, par le juge communautaire.

Dans son arrêt, la Cour affirme que, nonobstant le respect des engagements pris dans le cadre des Nations Unies par les États et l'Union, la thèse du Tribunal est constitutive d'une erreur de droit<sup>31</sup>. Elle affirme surtout expressément – et quasi solennellement – que le contrôle, par le juge communautaire, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du Traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international – à savoir, en l'occurrence, la Charte des Nations Unies elle-même – ne saurait porter atteinte.

Il résulte de ce qui précède que, même si la compétence de principe du Conseil de Sécurité est admise pour définir ce qui constitue une menace à la paix ou à la sécurité internationales et adopter des sanctions ciblées, et bien qu'il n'incombe pas au juge communautaire de contrôler directement la

<sup>27</sup> Sur ce jugement, v. not. S. ZASOVA, « La lutte contre le terrorisme à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de première instance des communautés européennes », *RTDH*, 74/2008, p. 481 ; F. BERROD, « La lutte contre le terrorisme et les droits de l'Homme : étude des affaires terroristes devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *L'Europe des Libertés*, n° 24, sept. 2007, doctrine, p. 2.

<sup>28</sup> Le nom de M. Kadi avait été inscrit à l'annexe I du règlement n° 881/2002 lors de l'adoption de celui-ci.

<sup>29</sup> CJUE, 3 sept. 2008, aff. C-402/05, *Kadi c/ Conseil et Commission*. L'arrêt a été largement commenté ; on peut notamment lire : J.-P. JACQUE, « Primauté du droit international et protection des droits fondamentaux ; à propos de l'arrêt *Kadi* de la CJCE », *L'Europe des libertés*, n° 27, sept. 2008, doctrine, p. 11 et « Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux, à propos de l'arrêt *Kadi* de la CJCE », *RTDE*, 2009, p. 161 ; P. CASSIAS et F. DONNAT, « Terrorisme international et droits fondamentaux : les leçons du droit communautaire », *RFDA*, 2008, p. 1204.

<sup>30</sup> Suivant ainsi les recommandations de l'Avocat général POIARES MADURO (v. Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire C-402/05, 16 janv. 2008).

<sup>31</sup> CJUE aff. *Kadi*, arrêt précité, pts 326 et 327.



légalité d'une résolution du Conseil de Sécurité adoptée au titre de la Charte des Nations Unies, il n'en demeure pas moins qu'il lui revient de contrôler la légalité d'un acte communautaire qui se borne à mettre en œuvre, au niveau de la Communauté, une telle résolution.

Avec l'arrêt *Kadi* de la Cour, en 2008, est donc posé le principe du contrôle juridictionnel de légalité des mesures antiterroristes onusiennes relayées par un acte communautaire, et ce, dans le respect des rapports de systèmes. Bien que la Cour ait inscrit sa décision dans les limites d'un examen de la réglementation européenne et non de l'action du Conseil de Sécurité lui-même, l'effet est le même en pratique puisque, clairement, l'applicabilité du régime imposé par le Conseil de Sécurité est directement compromise.

À cet égard, certains doutes ont pu être exprimés dans les milieux juridiques quant à la pleine conformité de cet arrêt *Kadi* avec le droit international, outre que les institutions et les gouvernements ont dit avec force leurs préoccupations quant au risque de bouleversement du régime de sanctions mis en place par les Nations Unies, par l'instauration – à un niveau national ou régional – d'un tel contrôle juridictionnel. Quoiqu'il en soit, à ce stade, la règle du contrôle juridictionnel de la légalité des règlements européens d'application des résolutions onusiennes est bel et bien posée. Et la Cour réaffirme d'ailleurs à cet effet – renforçant ainsi l'autorité de la règle qu'elle vient de dégager – que le contrôle qu'elle autorise en l'espèce, se doit nécessairement d'être un contrôle complet<sup>32</sup> : très logiquement, limiter l'étendue ou l'intensité du contrôle juridictionnel reviendrait en effet à opérer non pas un contrôle juridictionnel effectif, mais un simulacre de contrôle, c'est pourquoi il incombe au juge européen d'assurer un contrôle « *en principe complet* »<sup>33</sup> de la légalité des règlements attaqués au regard des droits fondamentaux, sans faire bénéficier lesdits règlement d'une quelconque immunité juridictionnelle au motif qu'ils viseraient à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Les bases d'un contrôle juridictionnel complet et rigoureux des mesures de gel des fonds ayant été jetées, il convient de se pencher sur les droits fondamentaux dont les juges communautaires sont ainsi désormais en charge de la protection, dans le cadre des mesures antiterroristes en général.

<sup>32</sup> Portant non seulement sur le bien-fondé apparent de l'acte attaqué, mais aussi sur les éléments de preuve et d'information sur lesquels les appréciations portées dans cet acte sont fondées.

<sup>33</sup> Sur l'étendue et l'intensité du contrôle juridictionnel, les principes ont été dégagés par l'arrêt *OMPI* (v. TPI CE, 12 déc. 2006, aff. T-228/02), *OMPI I* (TPI UE, 4 déc. 2008, aff. T-284/08) et *OMPI II* (TPI UE, 23 oct. 2008, aff. T-256/07), et repris dans l'arrêt *Kadi*.

## ***B. Le régime actuel des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes***

Au fond, la Cour a estimé que les droits fondamentaux de M. Kadi avaient été bafoués, à au moins trois égards. D'abord, dès lors que le Conseil n'avait pas communiqué les éléments retenus à la charge du requérant pour fonder les mesures restrictives qui lui ont été imposées, ni accordé à celui-ci le droit d'en prendre connaissance dans un délai raisonnable après l'imposition de ces mesures, la Cour relève que l'intéressé n'a pas pu faire connaître utilement son point de vue, et elle en conclut que les droits de défense, en particulier le droit d'être entendu, n'ont pas été respectés<sup>34</sup>. En outre, compte tenu des rapports qui existent entre les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif, le requérant n'a pas non plus pu défendre ses droits à l'égard des éléments précités dans des conditions satisfaisantes devant le juge communautaire, de sorte qu'une violation dudit droit à un recours juridictionnel effectif doit également être constatée<sup>35</sup>. Enfin, la Cour affirme que si les mesures restrictives imposées au titre du règlement n° 881/2002 constituent des restrictions au droit de propriété qui, en principe, peuvent être justifiées<sup>36</sup>, dans les circonstances de l'espèce – le règlement ayant été adopté sans fournir à ce dernier aucune garantie lui permettant d'exposer sa cause aux autorités compétentes, et, eu égard à la portée générale et à la durée effective des mesures restrictives en question – cela constitue une restriction injustifiée au droit de propriété du requérant<sup>37</sup>.

On le comprend, d'une façon plus générale, en matière de mesures antiterroristes, le principe des *black lists* et l'effet de gel qui en résulte sur les avoirs des individus et entités recensés, ne peuvent exister en marge du droit à une protection juridictionnelle effective, d'une part, et sans considération du droit à la propriété de chacun, d'autre part.

S'agissant du régime du droit à la protection juridictionnelle effective, la réalité de ce droit repose sur plusieurs éléments à propos desquels la jurisprudence communautaire a donné des précisions importantes. Le premier élément constitutif du droit à la protection juridictionnelle est évidemment celui de l'accès au juge : c'est une réalité depuis l'arrêt *Kadi* de la Cour. Le deuxième élément touche à la question de l'intensité du contrôle juridictionnel. À cet égard, en matière de mesures antiterroristes, l'intensité du contrôle varie selon le degré de généralité des mesures contestées : lorsqu'elles sont générales et visent à organiser les listes noires, le contrôle est limité au

<sup>34</sup> CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pt 348.

<sup>35</sup> CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pt 349.

<sup>36</sup> CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pt 366.

<sup>37</sup> CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pts 369 et 370. V. également en ce sens CJUE, 3 déc. 2009, aff. C-399/06 et C-403/06 P, *Hassan*, spéc. pt 93.

respect des règles de procédure et de motivation, à l'exactitude matérielle des faits et au détournement de pouvoir, tandis que lorsque les mesures sont particulières et tendent à inclure ou maintenir telle personne sur une liste, le contrôle est alors plus intense et s'étend à l'appréciation des faits et circonstances, de même qu'à la vérification des éléments de preuve et d'information invoqués, sans oublier le respect des droits de la défense, de l'exigence de motivation, et, le cas échéant, du bien-fondé des considérations impérieuses et exceptionnelles invoquées par le Conseil pour se soustraire à telle ou telle obligation. Le troisième élément touche aux droits de la défense et à l'effectivité du contrôle juridictionnel : l'autorité qui édicte la mesure d'inscription sur la liste doit en effet supporter des exigences de motivation formelle et de communication aux personnes intéressées des motifs qui l'ont conduite à adopter de telles mesures, dans un double but : d'une part, informer la personne ou l'entité concernée des motifs qui justifient la décision pour qu'elle puisse la contester – c'est le versant « droits de la défense » – et d'autre part, permettre au juge d'exercer effectivement son contrôle – c'est le versant « droit au contrôle juridictionnel effectif ». Précisons, du point de vue des droits de la défense, que l'obligation de motivation sera surtout importante lors de l'inscription initiale du présumé terroriste sur la liste, car elle sera son unique garantie de se prévaloir des voies de recours pour contester la légalité de la décision en cause, étant donné qu'il ne dispose pas d'un droit d'audition préalable à son adoption (« effet surprise »). À cet égard, la jurisprudence rappelle que la motivation doit avoir un contenu « suffisant » (c'est-à-dire être adaptée à la nature de l'acte et au contexte) et être communiquée concomitamment à la décision d'inscription sur la liste ou le plus rapidement possible après celle-ci<sup>38</sup>, ce, sauf à ce qu'il soit fait obstacle à cette communication des motifs, notamment en cas de considération impérieuse touchant à la sûreté

**38** S'agissant de la procédure d'inscription (paragraphe 12 de la résolution 1822 [2008]), les États doivent se conformer au paragraphe 5 de la résolution 1735 (2006) et fournir un exposé détaillé des motifs ; en outre, les États doivent, pour chaque demande d'inscription, préciser les éléments du mémoire correspondant qui pourraient être divulgués, notamment pour que le Comité des sanctions puisse élaborer le résumé décrit au paragraphe 13 ou pour aviser ou informer la personne ou l'entité dont le nom est porté sur la liste. Le paragraphe 13 de cette même résolution prévoit notamment, d'une part, que le Comité des sanctions, lorsqu'il ajoute un nom à sa liste, publie sur son site web, en coordination avec les États ayant fait la demande d'inscription correspondante, un « *résumé des motifs de l'inscription* », et, d'autre part, que ce Comité s'efforce de publier sur son site web, en coordination avec les États ayant soumis les demandes d'inscription correspondantes, des « *résumés des motifs ayant présidé aux inscriptions* » de noms sur ladite liste, avant l'adoption de cette même résolution. Au paragraphe 17 de la même résolution, il est encore exigé que les États concernés prennent toutes les mesures possibles, conformes à leurs lois et pratiques internes, pour aviser ou informer en temps voulu la personne ou l'entité concernée de l'inscription de son nom sur la liste du Comité des sanctions, et pour joindre à cet avis copie de la partie du mémoire pouvant être divulguée, des informations sur les motifs de l'inscription figurant sur le site web du Comité des sanctions, une description des effets de l'inscription tels qu'ils résultent des résolutions pertinentes, les modalités d'examen par le Comité des sanctions des demandes de radiation de sa liste et les possibilités de dérogations.

de la Communauté ou de ses États membres ou s'opposant à la conduite des relations internationales.

S'agissant du régime de la protection du droit fondamental à la propriété, il est évident que son exercice est directement affecté par l'inscription sur une *black list*, qui provoque un gel des fonds d'un présumé terroriste ; c'est parfois même l'exercice même d'une activité économique tout entière qui est suspendue, par exemple, lorsque l'entité ciblée est une banque. Mais dans ce cas, la protection au titre du caractère fondamental de la propriété semble plus friable que les protections assurées au titre des autres droits fondamentaux précités. À cet égard, le texte de l'arrêt *Bank Melli* rendu par la Cour en novembre 2011<sup>39</sup> – et organisant le gel des fonds de la banque précitée, soupçonnée d'apporter un appui aux activités nucléaires de l'Iran – est particulièrement instructif et clair. Certes, on peut y lire une affirmation de principe, qui semble viser à « désacraliser » les droits fondamentaux de façon générale – « *les droits fondamentaux en cause ne sont pas des prérogatives absolues et leur exercice peut faire l'objet de restrictions justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté* » –, mais la mention qui suit marque la spécificité du droit de propriété à cet égard, puisqu'il est en effet énoncé que « *Tel est le cas du droit de propriété et de la liberté d'exercer une activité économique. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées au droit d'exercer librement une activité professionnelle, tout comme à l'usage du droit de propriété, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis* ». On le comprend, en matière d'atteinte à la propriété, le raisonnement semble inversé : la règle n'est plus celle de l'affirmation du droit, sauf circonstances permettant d'y déroger, mais celle de la licéité de l'atteinte au droit, sous conditions à respecter. Or, si l'on s'attache à ces fameuses conditions à respecter, on note qu'en pratique le motif faisant état de « *l'importance primordiale du maintien de la paix et de la sécurité internationales* », est généralement jugé suffisant pour prouver la poursuite d'un objectif d'intérêt général, et que, quant au principe de proportionnalité, il est souvent considéré comme étant respecté dès lors que les listes font l'objet d'une révision régulière et surtout que les règlements prévoient certaines exceptions permettant aux personnes ou entités visées par des mesures de gel des fonds de faire face aux dépenses essentielles : une telle considération constituerait en effet une vérification implicite, mais suffisante, du caractère proportionné desdites mesures.

Au fil des affaires et des arrêts rendus par le juge communautaire, se dessinent ainsi, petit à petit, le cadre et le régime de la protection des

<sup>39</sup> CJUE (Grande Chambre), 16 nov. 2011, aff. C-548/09 P, *Bank Melli Iran c/ Conseil de l'UE*.

droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes, notamment autour de la notion de protection juridictionnelle effective. D'autres droits fondamentaux que ceux précédemment évoqués et retenus en jurisprudence seront, par ailleurs, susceptibles de faire leur entrée dans ce cadre (droit au respect de la vie privée, par exemple), à terme, ce qui conduira certainement à une révision corrélative – et plus ou moins substantielle – du régime de ces droits. Quoiqu'il en soit, on peut d'ores et déjà observer que le paysage des droits fondamentaux en matière antiterroriste n'a pas toujours les contours, ni la netteté, auxquels on se serait attendu à ce stade de développement.

## II. L'INCIDENCE TROUBLANTE DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE RÉGIME DES MESURES ANTITERRORISTES ET DU GEL DES AVOIRS

L'entrée des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes est aujourd'hui une réalité avec laquelle les instances internationales luttant contre le terrorisme doivent évidemment composer. Il n'en reste pas moins que le trouble peut s'installer lorsqu'on constate certaines limites que le juge semble poser en la matière, ayant pour effet de restreindre sensiblement l'impact de l'entrée des droits fondamentaux dans le régime de ces mesures (A). La surprise peut également s'installer à l'analyse de la façon dont l'ONU a voulu « gérer l'arrêt *Kadi* » et ses suites, notamment en instaurant un Médiateur intervenant en matière de radiation de la liste des personnes et entités liées à « Al Qaida » (B).

### *A. Les limites posées par le juge communautaire ayant pour effet de restreindre l'impact des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes*

Trois sortes de limites posées par le juge communautaire lui-même peuvent être relevées ; d'importance variable, ces limites ont cependant toutes pour point commun de restreindre l'impact des droits fondamentaux en matière antiterroriste, et donc de tempérer l'enthousiasme premier – et de principe – qui avait pu être affiché, suite à l'arrêt *Kadi* de la CJUE.

La première limite touche au traitement de la présomption d'innocence. Tout comme le contrôle du respect au droit à la propriété – dont on a déjà évoqué l'aspect fragile –, celui du respect à la présomption d'innocence fait

évidemment partie de l'office du juge en matière de mesure antiterroriste, et *a fortiori* au titre du gel des avoirs. Dans ce cas particulier, en effet, la configuration des choses peut être source de confusion dès lors que des mesures préventives, mais restrictives, sont appliquées à des individus (ou entités) qui – par définition – ne sont que des « présumés terroristes » ou des « présumés associés » à des individus ou groupes terroristes. Pourtant, la violation de ce droit est rarement reconnue, la chose étant assez pernicieuse juridiquement : en effet, le principe est que cette présomption est évidemment respectée, dès lors que les mesures de gel ne constituent pas des sanctions pénales, qu'elles ont « *un caractère préventif et sont indépendantes des règles pénales de droit interne* »<sup>40</sup>, sans confusion aucune possible avec les mesures répressives de confiscation. Or, cette analyse, fondée sur le caractère provisoire et préventif des mesures, semble reposer sur une vision par trop théorique des choses : la considération de la nature et des effets des mesures de gel des fonds, appréhendées dans leur dimension temporelle, laisse en effet apparaître qu'en réalité, ces mesures peuvent être particulièrement oppressives pour ceux qui y sont astreints. La *Supreme Court* du Royaume-Uni<sup>41</sup> a ainsi estimé qu'il n'était pas exagéré d'affirmer que les personnes listées sont en fait « *prisonnières* » des autorités étatiques, que leur liberté de mouvement est sévèrement restreinte dès lors qu'elles n'ont pas accès à leurs fonds, et les effets du gel des fonds, sur elles-mêmes et leur famille, peuvent être accablants. Et l'on ne peut que valider cette approche, lorsqu'on se souvient que, sur de simples présomptions, M. Kadi subissait ce gel de ses biens depuis dix ans, ce qui, à l'échelle d'une vie humaine, représente une durée considérable. Il semble donc que la qualification des mesures en question comme étant de nature préventive ou répressive, conservatoire ou confiscatoire, civile ou pénale, doit être rouverte<sup>42</sup>, et que le juge a, sur ce terrain, sa part de responsabilité à prendre. Tel est d'ailleurs l'avis du Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme qui, dans un rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies de 2009<sup>43</sup> indiquait : « *Les décisions individuelles d'inscription sur la liste étant actuellement illimitées dans le temps, elles peuvent aboutir à ce qu'un gel des avoirs temporaire devienne permanent, ce qui peut à son tour équivaloir à une peine criminelle en raison de la sévérité de la sanction* » ; suivant ce raisonnement, il serait ainsi plus que nécessaire de réviser l'analyse selon laquelle le

<sup>40</sup> V. notamment le préambule de la résolution 1822 (2008) qui le rappelle expressément.

<sup>41</sup> *UK Supreme Court*, 27 oct. 2010, aff. 2010 UKSC 2, *Her majesty's Treasury c/ Mohammed Jabar Ahmed*, pts 60 et 192.

<sup>42</sup> V. en ce sens le 9<sup>ème</sup> rapport de l'équipe de surveillance (§ 34).

<sup>43</sup> V. « *Report [...] on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism* » (2 sept. 2009) (Doc A/HRC/12/22), spéc. pt 42.

gel des fonds est une mesure conservatoire<sup>44</sup> qui, à la différence d'une confiscation, ne porterait pas atteinte, ni à la substance même du droit de propriété des intéressés sur leurs actifs financiers, ni à la présomption d'innocence.

La deuxième limite que l'on peut relever touche aux effets de l'annulation des règlements européens violant les droits fondamentaux. Il convient en effet de souligner que lorsqu'un requérant obtient l'annulation d'un règlement européen d'application d'une résolution onusienne, au titre de la violation des droits fondamentaux, l'individu ou l'entité n'est pas automatiquement restauré(e) dans sa liberté économique. C'est ainsi que dans l'affaire *Kadi*, la Cour a maintenu les effets du règlement n° 881/2002 pour une période ne pouvant excéder trois mois, de façon à permettre au Conseil de remédier aux violations constatées. Cette solution peut paraître choquante ; en tout cas, elle relativise grandement l'intérêt d'exercer un recours en annulation, et minimise le poids des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes, et du gel des avoirs. Le fait est que le juge va ainsi pouvoir reconnaître la violation des droits fondamentaux, prononcer l'annulation du règlement litigieux, tout en maintenant les effets de ce règlement pour une période ne pouvant excéder trois mois, de façon à permettre au Conseil de remédier aux violations constatées, notamment par la prise d'un nouveau règlement à l'encontre du requérant, et ce, dans le respect des droits fondamentaux procéduraux cette fois. Cette position<sup>45</sup> est justifiée par le fait que « l'annulation du règlement avec effet immédiat serait susceptible de porter une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures restrictives qu'imposait ledit règlement<sup>46</sup> et – notamment lorsque la violation des droits fondamentaux revêt un caractère procédural – qu'il ne saurait être exclu que, sur le fond, l'imposition de telles mesures au requérant puisse tout de même s'avérer justifiée »<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Pour un appel à la réflexion sur la nature juridique des mesures de gel des fonds, v. Y. MOINY, « Aperçu de la jurisprudence communautaire développée dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme international », *Rev. du Droit de l'UE*, 1/2009, spéc. p. 53. V. également les critiques de cette qualification de « mesure conservatoire » élevées par A. BORGHI dans « La législation de l'Union européenne en matière de sanctions internationales et sa compatibilité avec les droits fondamentaux », *RTDH* 76/2008, spéc. p. 116.

<sup>45</sup> CJUE, aff. *Kadi*, arrêt précité, pts 373 à 376.

<sup>46</sup> En ce sens, H. ROUIDI, « Vers un *motus operandi* de l'exécution communautaire des résolutions onusiennes ? », *Rev. de sciences crim.*, 2009, p. 75 qui conclut justement que « l'annulation du règlement litigieux traduit l'intransigeance de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux. Toutefois, dans le même temps, l'ajournement des effets de sa décision traduit sa parfaite connaissance des conséquences de l'annulation du règlement communautaire, qui est un acte d'exécution d'une obligation onusienne, mais aussi un acte de coopération entre deux ordres juridiques ayant des objectifs et des intérêts communs ».

<sup>47</sup> En ce sens, D. SIMON et A. RIGAUX, « Le jugement des pourvois dans l'affaire *Kadi* et *Al-Barakaat* : smart sanctions pour le TPI ? », *Europe*, n° 11, nov. 2008, étude 9, n° 27 et s. et H. BRODIER, « De l'importance, pour l'efficacité de la lutte contre le terrorisme, du respect des garanties procédurales des droits fondamentaux des individus et organisations 'black listed' », *L'Europe des libertés*, n° 28, janv. 2009, p. 28.



Quoiqu'il en soit, cette neutralisation des effets de l'annulation du règlement par le biais d'une « régularisation » marque assurément la résurgence de l'ordre public et son autorité finale sur les droits fondamentaux<sup>48</sup> ; en effet, si l'on reprend notre « équation » de départ, il s'avère que si l'ordre public justifie les restrictions aux libertés économiques sous réserve des droits fondamentaux, à l'inverse, la violation des droits fondamentaux ne saurait justifier la restauration des libertés économiques *que* sous réserve des considérations d'ordre public, qui prévalent toujours.

La troisième limite qui peut être relevée touche à la question de la responsabilité de l'Union envers la victime d'une atteinte à ses droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes. à cet égard, récemment, dans l'arrêt *Sison*<sup>49</sup>, le Tribunal de l'UE a jugé que – malgré l'annulation à deux reprises d'actes du Conseil qui avaient ordonné le gel des fonds de M. Sison – la violation des droits fondamentaux n'était pas suffisamment grave pour engager la responsabilité de la Communauté envers le requérant. Le Tribunal rappelle que seule une violation suffisamment grave d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers peut engager la responsabilité de la Communauté, le critère étant celui de la méconnaissance manifeste et grave, par l'institution concernée, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. Or, le Tribunal considère que l'interprétation et l'application du droit communautaire en question sont particulièrement difficiles, et rappelle qu'il n'a pu élaborer un cadre rationnel et cohérent d'interprétation de ces dispositions que, très progressivement, suite à l'examen de plusieurs affaires, échelonnées sur plusieurs années<sup>50</sup>. Dans ces circonstances, et eu égard également à l'importance fondamentale de la lutte contre le terrorisme international, le Tribunal affirme que la violation par le Conseil s'explique par les contraintes et responsabilités particulières qui pèsent sur cette institution et que cela constitue une irrégularité qu'aurait pu commettre une administration normalement prudente et diligente placée dans des circonstances analogues. Si la justification juridique et circonstancielle de la décision *Sison* semble assez irréprochable, il n'en reste pas moins que cette absence de responsabilité de l'Union accentue encore la sensation paradoxale que les droits fondamentaux n'ont pas forcément d'autorité – ni absolue, ni même très forte – au sein du régime des mesures antiterroristes, et que leur impact reste malgré tout relativement limité.

<sup>48</sup> Sur cette prise en compte des considérations d'ordre public et affirmant que cela « borne la portée du contrôle juridictionnel, avec l'accord évident de la Cour de justice », v. H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme », *RTD Eur.*, 45(2), avril-juin 2009, spéc. p. 259.

<sup>49</sup> TPI UE, 23 nov. 2011, aff. T-341/07, *Sison*. V. les commentaires de D. SIMON, *Europe*, janv. 2012, p. 23.

<sup>50</sup> TPI UE, aff. *Sison*, arrêt précité, pt 65.



Mais le trouble n'est pas que le fait de la jurisprudence communautaire en marche ; il vient aussi de « plus haut », c'est-à-dire de l'ONU, qui a cru pouvoir faire face à cette évolution prétorienne du régime des mesures anti-terroristes - c'est-à-dire à l'entrée des Droits fondamentaux dans leur giron - *via* l'institution d'un « Médiateur du Comité 1267 ».

### ***B. L'institution du « Médiateur du Comité 1267 » au niveau onusien***

Depuis la mise en place du régime 1267 – touchant aux sanctions contre Al Qaida et les talibans et complété ensuite par les personnes associées à Oussama ben Laden –, les critiques se sont faites nombreuses à l'encontre de l'institution onusienne, dénonçant non seulement l'absence de garantie d'une procédure régulière, mais aussi le manque d'équité et de transparence de la procédure. Il faut dire qu'initialement, les individus inscrits sur la *black-list* en cause n'étaient pas informés de cet état de fait et que souvent, ils ne se rendaient compte du gel de leurs avoirs qu'au moment où ils essayaient de faire des opérations financières<sup>51</sup>. Une fois avisés des sanctions, il leur était également difficile de savoir pourquoi ils étaient sur la liste. Enfin, sauf à demander à un État de porter la question devant le Conseil de Sécurité, les moyens de recours pour contester cette inscription étaient quasiment inexistants, étant donné que le Conseil de Sécurité ayant pleine autorité en la matière, aucun mécanisme d'examen indépendant n'avait été prévu – ni sans doute voulu – à cet égard.

Le Conseil de Sécurité n'a pas été insensible ou imperméable aux critiques ainsi élevées. Sur une période de huit ans, on a en effet assisté à une évolution progressive du régime général des sanctions<sup>52</sup>, avec notamment la mise en place de la possibilité d'obtenir des dérogations au gel des avoirs pour raisons humanitaires<sup>53</sup>, l'établissement de directives pour les travaux du Comité, l'adoption de règles selon lesquelles les motifs d'inscription devaient faire l'objet d'un exposé et d'un résumé, la désignation d'un « point focal » à qui les personnes ou entités figurant sur les listes pouvaient transmettre leurs demandes de radiation<sup>54</sup> et l'obligation d'un réexamen périodique des listes, suivi d'une révision de celles-ci le cas échéant.

**51** Sur la manque de transparence, v. les conclusions du rapport d'analyse de la FIDH, « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité », *FIDH* éd., n° 429, oct. 2005, spéc. p. 39.

**52** Sur les réformes progressives du système des sanctions ciblées par l'ONU, v. M. ARCARI, « Les exigences de la sécurité collective », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), spéc. p. 32 et s.

**53** Résolution 1452 (2002).

**54** Résolution 1730 (2006). Cette résolution a d'abord été modifiée par la résolution 1904 (2009) instituant le Médiateur – lequel est devenu compétent pour les questions de radiation des listes relatives

La qualité et la transparence y ont assurément gagné, surtout en ce qui concerne les nouvelles inscriptions, mais des préoccupations majeures ont subsisté, notamment quant à la garantie d'une procédure régulière pour les personnes et entités figurant déjà sur les listes. Les critiques ont donc continué d'affluer d'un peu partout dans le monde, mais, on l'a souligné, le « point de non-retour » a été atteint quand la Cour de justice de l'Union, dans l'arrêt *Kadi* de 2008, a annulé les mesures que l'Union européenne avait prises pour appliquer le régime de sanctions imposé par la résolution 1267, sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Cette décision de la Cour est en effet venue donner raison à tous ceux qui, dans les milieux universitaires, politiques et autres, critiquaient le manque d'équité et de transparence de la procédure, et elle a été une sorte de détonateur conduisant l'ONU à l'adoption de la résolution 1904 (2009), créant le bureau du Médiateur<sup>55</sup>.

S'agissant de ce « nouveau » Médiateur (une Médiatrice, en l'occurrence<sup>56</sup>), sa tâche est d'assister le Comité du Conseil de Sécurité dans son examen des demandes de radiation de la liste. Le rôle du Médiateur est ainsi d'apprécier s'il existe suffisamment d'informations pour fournir un motif raisonnable et crédible qui justifie l'inscription sur la liste des individus ou entités y figurant.

La procédure est la suivante : les individus ou entités listés prennent d'abord contact avec le Médiateur<sup>57</sup>, puis s'ensuit une phase de collecte

---

à Al Qaida, et le régime taliban –, puis par les résolutions 1988 (2011) et 1989 (2011) qui ont opéré une division de compétence, le Médiateur reste uniquement compétent pour les questions liées à Al Qaida, et le point focal retrouvant sa compétence pour les questions liées au régime taliban.

**55** Le paragraphe 20 de la résolution 1904 (2009) prévoit que lorsque le Conseil de Sécurité examine les demandes de radiation de la liste du Comité des sanctions, il est assisté par un « bureau du Médiateur ». Il est par conséquent indiqué au paragraphe 21 de ladite résolution, qu'après la désignation du Médiateur, le bureau du Médiateur recevra les demandes des personnes et des entités qui souhaitent être radiées de la liste du Comité des sanctions 1267, conformément aux modalités définies à l'annexe II de cette résolution, et que, après la désignation du Médiateur, le mécanisme du point focal ne recevra plus de telles demandes. L'annexe II de la résolution 1904 (2009) définit les tâches que le Médiateur est habilité à accomplir, conformément au paragraphe 20 de cette résolution, lorsqu'il reçoit une demande de radiation.

**56** « *Personnalité éminente jouissant d'une haute considération morale, connue pour son impartialité et son intégrité et possédant les hautes qualifications et l'expérience requises dans les domaines pertinents (droit, droits de l'homme, lutte antiterroriste, sanctions)* », M<sup>me</sup> Kimberly PROST, juge canadienne *ad item* au TPI pour l'ex-Yougoslavie, a ainsi été désignée le 7 juin 2010, comme Médiatrice, et reconduite à ce titre ultérieurement.

**57** Le bureau du Médiateur a beaucoup travaillé à se faire connaître : conférences de presse, réunions intergouvernementales, séances d'information à l'intention des États membres de l'ONU, participation à la conférence annuelle de l'Association internationale du Barreau et à celle de l'Association des avocats défenseurs des droits de l'homme et surtout création d'un site web (<http://www.un.org/en/sc/ombudsperson/>).

d'informations par le Médiateur auprès des États concernés<sup>58</sup>, suivie d'une phase de dialogue, en particulier avec le requérant<sup>59</sup>, qui doit déboucher sur l'établissement d'un rapport d'ensemble faisant la synthèse et l'analyse des informations recueillies, puis, *in fine*, sur la formulation « d'observations »<sup>60</sup> et la présentation des arguments en présence par le Médiateur à l'adresse du Comité et, enfin, la décision du Comité sur la radiation (acceptation ou rejet).

Il faut encore souligner, pour parfaire cette présentation rapide, que le mandat du Médiateur, initialement prévu pour un an, a été renouvelé pour la même durée (jusqu'en décembre 2012) par la résolution 1989 (2011). Cette résolution modifie également la mission et les pouvoirs initiaux du Médiateur, dans le sens d'une plus grande étendue ; on note ainsi l'allongement du délai pour la collecte d'information (2 à 4 mois), l'invitation forte du Conseil aux États à coopérer avec le bureau du Médiateur et à communiquer des informations, l'obligation pour le Comité de motiver ses décisions de rejet de la demande de radiation<sup>61</sup>, le droit désormais pour le Médiateur de formuler des « recommandations » au Comité et non plus de simples « observations », le fait aussi que lorsque le Médiateur recommandera la radiation, la personne ou l'entité sera radiée de la liste

**58** À cet égard, dans son second rapport annuel (juill. 2011 – publié sur le site de l'ONU sous la référence S/2011/447), le Médiateur indique à propos de la coopération des États que « *L'efficacité du travail du bureau du Médiateur et sa capacité à fournir des informations détaillées, à procéder à une analyse complète et à tirer des observations en vue d'aider le Comité sont largement fonction de la coopération des États. Jusqu'à présent les États concernés par les premiers dossiers se sont montrés coopératifs en répondant aux demandes et en fournissant des informations. Les difficultés rencontrées sont à mettre au compte de la complexité des dossiers, de la nature des informations nécessaires à une analyse satisfaisante ou de questions liées à l'accès à des documents classés, et ne sont pas dues à des refus de coopérer. Il serait utile de renforcer et d'encourager cette indispensable coopération de tous les États avec le bureau du Médiateur, sans se limiter à ceux qui sont membres du Comité* ».

**59** Dans son premier rapport annuel (janv. 2011 – publié sur le site de l'ONU sous la référence S/2011/29), le Médiateur indique que « *dans plusieurs cas, la demande officielle a été précédée de contacts informels entre la Médiatrice et le requérant potentiel ou son conseiller juridique par voie de courriers, courriels ou de conversations téléphoniques* » et dans son troisième rapport annuel (janv. 2012 – publié sur le site de l'ONU sous la référence S/2012/49), que « *les échanges entre la Médiatrice et les requérants ont pris diverses formes [...] selon la nature du dossier* ». Il est par ailleurs expliqué que « *les échanges avec le requérant pendant la phase de concertation restent importants pour l'efficacité du processus. Ils permettent à la médiatrice de mieux comprendre le dossier et les circonstances qui l'entourent. Ils permettent aussi au requérant de répondre aux accusations figurant dans le dossier et de communiquer des éléments d'information qui seront repris dans le rapport présenté au Comité* ».

**60** Les « observations » qui devaient initialement être formulées sont désormais de véritables « recommandations », depuis l'adoption de la résolution 1989 (2011).

**61** Le Comité des sanctions ne justifie à l'heure actuelle que ses décisions de rejet. Le Médiateur appelle au contraire à la justification de toute décision – acceptation comme rejet de la demande de radiation – pour plus de crédibilité et de transparence, outre que ces justifications pourraient servir de « guide » pour dialoguer avec les requérants ou juger si l'information fournie est ou non suffisante (en ce sens, v. Troisième rapport annuel – janv. 2012 précité, p. 10 (« Justification des décisions »).

au bout de 60 jours, à moins que les 15 membres du Comité ne décident par consensus de maintenir son nom sur la liste<sup>62</sup>.

Le Médiateur 1267 est ainsi une institution créée en réaction à la jurisprudence *Kadi*, c'est-à-dire à l'affirmation du nécessaire respect des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes et à leur contrôle par le juge communautaire, et, en ceci, l'institution du Médiateur constitue bien une amélioration certaine du régime onusien des mesures antiterroristes en direction des droits fondamentaux<sup>63</sup>. Plusieurs éléments contribuent d'ailleurs à illustrer cette affirmation : la progression des pouvoirs du Médiateur par la résolution 1989 (2011) et sa capacité à *recommander* une radiation au Comité<sup>64</sup>, sans compter le fait que – en ce qui concerne l'accès à l'information classée confidentielle ou sensible – le bureau du Médiateur a réussi à conclure des accords avec quelques pays<sup>65</sup>. Surtout, et de façon plus pragmatique, on observe que, à la fin 2011, sur 20 demandes reçues et admises par le Médiateur, 11 étaient encore en cours de procédure et 9 cas étaient clos, dans le sens suivant : 1 cas en attente auprès du Comité pour décision finale, 1 demande retirée en cours de procédure par le requérant lui-même, 1 demande de radiation rejetée par le Comité et – à l'actif du Médiateur – 6 demandes de radiation acceptées par le Comité.

Ce bilan étant dressé, reste à savoir si la création de ce bureau du Médiateur peut être considérée comme une mesure suffisante. Il est intéressant de noter à cet égard que deux juridictions ont déjà jugé que ce bureau n'avait pas les moyens de garantir une procédure régulière. Le TPI UE, dans sa récente décision sur l'affaire *Kadi*<sup>66</sup> et la *Supreme Court* du

<sup>62</sup> Et en l'absence de consensus, la seule possibilité est qu'un État demande que le Conseil de Sécurité soit saisi de l'affaire pour qu'il se prononce sur la radiation ; c'en est donc fini de la règle très critiquée selon laquelle il suffisait qu'un État s'oppose à la radiation, sans avoir à se justifier, pour qu'elle soit rejetée.

<sup>63</sup> En ce sens, K. PROST elle-même, Médiateur (conférence prononcée le 24 juin 2011 à l'Institut de Recherche juridique), et J.-Chr. MARTIN, « Le respect des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme : le contentieux des mesures restrictives antiterroristes devant le juge de l'Union européenne », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme – État des lieux et perspectives*, Éd. Larcier, 2010, spéc. p. 129 et 130.

<sup>64</sup> Dans son troisième rapport annuel (précité), le Médiateur insiste sur le fait que cette capacité nouvelle qu'il a de pouvoir formuler des recommandations et « *de servir de déclencheur de la radiation a fortement incité les États à communiquer toute l'information possible dans les délais impartis* » et va même jusqu'à écrire que « *ne pas le faire aura des conséquences plus directe qu'auparavant sur la décision qui sera prise dans chaque dossier* ».

<sup>65</sup> Belgique, Costa Rica, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suisse.

<sup>66</sup> TPICE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi*, spéc. pt 128 : « *Or, les considérations exprimées à cet égard par la Cour, aux points 323 à 325 de son arrêt Kadi, notamment en ce qui concerne le point focal, demeurent fondamentalement valables à l'heure actuelle, même en tenant compte du 'bureau du médiateur', dont la création a été décidée en son principe par la résolution 1904 (2009) et qui a été très récemment pourvu. En substance, le Conseil de Sécurité n'a toujours pas estimé opportun d'établir un*

Royaume-Uni<sup>67</sup> ont en effet toutes deux affirmé que l'existence du bureau ne réglait pas le problème. De toute évidence, en effet, si cette institution nouvelle participe à l'amélioration du régime des sanctions contre Al Qaida, en accordant davantage de poids aux garanties d'une procédure régulière, elle n'équivaut pas à l'instauration d'un contrôle indépendant, impartial et complet en charge des recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions, ni *a fortiori* portant sur le respect des droits fondamentaux des individus ou entités dont les noms sont inscrits sur les *black lists*, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que l'existence même du Médiateur est relativement précaire : il n'existe que sous réserve de reconduction par résolutions annuelles successives, lesquelles ne seraient peut être pas réaccordées si le Médiateur jouait à l'avenir un rôle trop marqué de « trouble-fête des Droits fondamentaux » dans le cadre de sa mission. Ensuite, parce que l'indépendance du Médiateur – organe choisi par le Conseil de Sécurité de l'ONU et rattaché à l'institution internationale – est tout de même très relative, objectivement. En outre, parce qu'en fait de médiation, et malgré les « recommandations » du Médiateur, son avis reste consultatif, en ce sens que le Comité des sanctions reste maître de la décision finale quant à la radiation ou pas d'un nom inscrit, sans voie de recours possible. Enfin, parce que, plus fondamentalement, si l'existence du Médiateur améliore la procédure de radiation, son action ne touche justement *qu'à* la procédure de radiation des listes, et ne saurait – à ce stade<sup>68</sup> – couvrir toutes les questions que pose le respect des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes et du gel des avoirs. Considérant tous ces éléments, il paraît ainsi un peu aventureux et excessif de conclure à une avancée déterminante de l'ONU en direction des droits fondamentaux dans le cadre de la lutte antiterroriste ; l'institution du Médiateur 1267 nous semble plutôt relever des options « minimales » dont disposait l'organisation internationale pour ne pas tomber sous le coup d'une jurisprudence communautaire

---

*organe indépendant et impartial chargé de statuer, en droit comme en fait, sur les recours dirigés contre les décisions individuelles prises par le Comité des sanctions. En outre, ni le mécanisme du point focal ni l'office du Médiateur ne remettent en cause le principe selon lequel la radiation d'une personne de la liste du Comité des sanctions requiert un consensus au sein de ce Comité. De plus, le choix des éléments de preuve qui peuvent être révélés à l'intéressé continue à relever de l'entière discrétion de l'État qui a proposé l'inscription de celui-ci sur la liste du Comité des sanctions, et aucun mécanisme ne garantit que l'intéressé dispose de suffisamment d'éléments d'information pour lui permettre de se défendre utilement (ni même qu'il connaisse l'identité de l'État qui a demandé son inscription sur la liste du comité des sanctions). Pour ces motifs au moins, la création du point focal et du Médiateur ne saurait être assimilée à l'institution d'un recours juridictionnel effectif contre les décisions du comité des sanctions ».*

**67** UK Supreme Court, 27 oct. 2010, précité, pt 78 : « *While these improvements are to be welcomed, the fact remains that there was not when the designations were made, and still is not, any effective judicial remedy* ».

**68** Sur ce point, v. nos développements terminaux, *infra* II.B).

plus stricte et embarrassante encore, ni perdre en légitimité dans le cadre de son action antiterroriste.

### III. L'INCIDENCE ÉDIFIANTE DE L'ENTRÉE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE CADRE DES MESURES ANTITERRORISTES ET DU GEL DES AVOIRS

L'incidence – réelle, mais troublante – de l'entrée des droits fondamentaux dans la sphère de l'antiterrorisme ayant été examinée, il convient d'essayer de tirer quelques enseignements plus généraux sur ces droits, à partir des observations faites, et de vérifier ainsi une certaine dimension « édifiante » du régime des droits fondamentaux dans le cadre antiterroriste.

#### *A. Enseignements quant aux droits fondamentaux*

La première conclusion qui s'impose sans doute, c'est qu'en matière de mesures antiterroristes, il semble y avoir des droits fondamentaux qui soient « plus fondamentaux » que d'autres, ou, autrement dit, qu'il se dégage comme une sorte de hiérarchie à l'intérieur de la catégorie des droits fondamentaux, liée à leur mise en œuvre et à leur autorité corrélative. Ainsi, en matière de mesures restrictives ciblées se traduisant par un gel des avoirs, l'accent est-il clairement mis sur les droits fondamentaux « procéduraux » – d'ailleurs relayés haut et fort par le juge communautaire comme par le Médiateur onusien – puisque leur atteinte est systématiquement sanctionnée, tandis que les droits fondamentaux « substantiels » (droit à la propriété, à la présomption d'innocence) restent – comparativement – comme en marge ; on observe, en effet, que ces droits substantiels sont rarement reconnus comme atteints par les mesures antiterroristes, ou plus exactement qu'en pratique ces droits substantiels sont rarement reconnus comme atteints « illégitimement », la légitimation venant systématiquement de la prise en considération de l'ordre public (préservation de l'efficacité des mesures restrictives, intérêt de la communauté, intérêts des États, etc.). En ce sens, il est d'ailleurs significatif, que, dans les rares cas où l'atteinte au droit de propriété est reconnue (et sanctionnée comme telle) par le juge, la motivation des arrêts est si détaillée et surtout si personnalisée, qu'il devient difficile de donner à la solution un quelconque effet général, pouvant servir par suite de précédent, en matière de défense du droit fondamental à la propriété. Une hiérarchie très nette se dessine donc en matière antiterroriste entre les droits fondamentaux

procéduraux qui tiennent le haut du pavé et les droits fondamentaux substantiels, dont on s'accorde à considérer que le sacrifice sur l'autel de la sécurité collective est un mal nécessaire et acceptable. Certes, un mouvement général de « procéduralisation » des droits fondamentaux a également été observé hors du cadre antiterroriste, mais on peut cependant ne pas s'arrêter à ce mouvement général, et chercher une explication plus spécifique à cet état de fait. À cet égard, il nous semble qu'en l'espèce, ce qui explique ce résultat, c'est un phénomène de nécessaire mise en balance des valeurs<sup>69</sup>, et plus singulièrement – revenant à notre équation de départ, ordre public/libertés économiques/droits fondamentaux –, c'est un phénomène de prévalence de l'ordre public en matière de mesures antiterroristes. En effet, autant l'ordre public s'accommode des droits procéduraux – la procédure régulière ne venant pas fondamentalement perturber la réalisation des mesures antiterroristes, *a fortiori* en ce qu'elle souffre des dérogations et exceptions pré-organisées, au vu d'impératifs d'ordre public justement –, autant les droits fondamentaux substantiels (comme le droit à la propriété) viennent-ils en contradiction frontale avec la politique antiterroriste, qui s'appuie justement sur le gel des avoirs. Dès lors, on comprend mieux que la protection des droits fondamentaux s'effectue selon un rythme et une intensité dédoublée : rythme supérieur et intensité maximum pour la protection des droits fondamentaux procéduraux, parce qu'ils sont consensuels et finalement assez peu compromettants, rythme ralenti et intensité minimum pour la protection des droits fondamentaux substantiels comme le droit à la propriété, parce que les institutions de lutte contre le terrorisme utilisent ce droit comme vecteur même des mesures antiterroristes, et que protéger absolument ce droit reviendrait *de facto* à interdire l'application de mesures de gel des avoirs contre des individus ou des entités dont on présume l'implication terroriste.

Le second enseignement que l'on peut tirer touche aux effets de la reconnaissance des droits fondamentaux dans le régime des mesures antiterroristes et tend à s'interroger sur le but même de cette reconnaissance. La question peut certes paraître surprenante, car il va de soi que la finalité du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux réside dans la protection des individus et entités contre de possibles atteintes à ces droits, qui sont les leurs. Mais cette affirmation de bon sens se vérifie-t-elle toujours et absolument en matière de mesures antiterroristes ? Cet effet évident et primaire des droits fondamentaux joue-t-il vraiment lorsque l'on observe, par exemple, le peu de cas qui est fait des restrictions à la liberté économique que génèrent les mesures de gel des avoirs ? Ou lorsqu'on considère les décisions judiciaires qui organisent une régularisation de procédure, neutralisant ainsi les effets

<sup>69</sup> V. en ce sens, J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY, « Terrorisme, droits de l'homme, Conseil de Sécurité de l'ONU et jurisprudence des juridictions de l'Union européenne », *Mélanges Melchior*, coll. « Anthémis », 2010, p. 769 et spéc. p. 787 et s.



de l'annulation d'un règlement communautaire pris en violation des droits fondamentaux ? Ou encore lorsqu'on constate l'éclatement formidable du régime des mesures antiterroristes sur le terrain de la protection des droits fondamentaux et l'inégalité flagrante qui en résulte pour les présumés terroristes ? Sur ce dernier point, en effet, il faut souligner qu'aujourd'hui, selon que les mesures antiterroristes sont prises *via* un règlement communautaire ou en dehors de ce type d'acte, l'individu ou l'entité pourra ou non faire valoir ses droits fondamentaux devant une juridiction communautaire, tandis que, pour une demande de radiation, certaines personnes ou entités auront recours au Médiateur 1267, tandis que les autres devront composer avec le point focal, simple courroie de transmission vers le Comité des sanctions compétent : cet éclectisme et cette variété des situations possibles n'est certainement pas le gage d'un traitement égal des individus, ni d'un régime unanimement protecteur de leurs droits et intérêts. On est ainsi loin de l'idée équilibrée et généreuse d'un système de lutte antiterroriste tout à fait respectueux des droits fondamentaux, et d'un système de contrôle judiciaire qui serait organisé exclusivement en direction des individus/entités, dans une pure optique de protection de leurs droits. Allant plus loin, on pourrait même s'interroger pour savoir si – paradoxalement – l'introduction du contrôle des droits fondamentaux dans le cadre des mesures antiterroristes n'a pas quelquefois pour effet de servir davantage les intérêts des institutions qui mènent la lutte antiterroriste, plutôt que celui des présumés terroristes, en donnant à ces institutions un *satisfecit* procédural, le cas échéant.

### ***B. Enseignements quant aux garants du respect des droits fondamentaux***

Des conclusions ayant été dégagées quant à l'essence et à la fonction des droits fondamentaux à travers le prisme antiterroriste, on peut également tirer quelques enseignements quant au(x) garant(s) de ces droits.

À cet égard, c'est évidemment le juge<sup>70</sup> qui apparaît comme le premier garant – le garant « naturel » pourrait-on dire – du respect des droits fondamentaux, et dans le cadre antiterroriste comme dans tout autre cadre. Il ne fait guère de doute, en effet, que le juge – ou le contrôle juridictionnel – est essentiel à la protection des droits fondamentaux en la matière, soient-ils substantiels ou procéduraux. En ce sens cependant, il semble qu'en matière de mesures antiterroristes plus qu'en toute autre matière, il n'est pas de mesure alternative possible : ce n'est pas par hasard – en tout cas pas au

**70** Sur les rapports du juge communautaire et du Conseil de Sécurité des Nations Unies, v. P. DE SENA, « Le Conseil de Sécurité et le contrôle du juge », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 43.



regard de ses seules fonctions ou des résultats de son action – que l'institution du Médiateur ne semble pas convaincre, c'est aussi par « nature », l'idée dominante étant qu'il doit absolument et exclusivement revenir à un juge d'assurer la protection des droits fondamentaux<sup>71</sup>.

Ceci étant dit, on peut toutefois s'étonner de la position que tient le juge communautaire, laquelle paraît assez paradoxale, voire contradictoire. D'un côté, en effet, le juge communautaire est apparu très audacieux, volontariste et presque écrasant en ce qui concerne les droits fondamentaux en matière antiterroriste – l'arrêt *Kadi* de la Cour étant la meilleure illustration de ce positionnement « fort » du juge communautaire –, mais d'un autre côté, ce dernier semble aussi se positionner comme une simple « variable d'ajustement » dans un système qui le dépasserait, à savoir le système onusien. Pour s'en convaincre, il suffit de relire les termes du plus récent jugement rendu par le TPI UE de l'Union dans le cadre de la suite de l'affaire *Kadi* : le Tribunal énonce qu'il considère qu'il lui incombe d'assurer un contrôle en principe complet de la légalité du règlement attaqué au regard des droits fondamentaux, mais il ajoute aussitôt – comme pour s'en défendre – qu'« *Il doit en aller ainsi, à tout le moins, aussi longtemps que les procédures de réexamen mises en œuvre par le comité des sanctions n'offrent manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective* »<sup>72</sup>. Le juge communautaire se considérerait-il comme une simple béquille, un filet de sécurité destiné à palier les défaillances des procédures onusiennes en terme de droits fondamentaux ? Ce serait regrettable. À notre sens, en effet, le juge communautaire ne doit pas inscrire son action dans l'ombre (ou la lumière) du Comité des sanctions : pour être forte, et incitative, pour être efficace tout simplement, l'action du juge communautaire doit absolument rester indépendante, et surtout autonome, par rapport à ce qui se fait au sein des Nations Unies.

Plus avant, il nous semble d'ailleurs que cette autonomie des acteurs de la lutte antiterroriste est à préserver autant du côté du juge – qui se doit de contrôler le respect des droits fondamentaux de façon pragmatique, au cas par cas, sans considérer les progrès ou efforts généraux de l'ONU en ce sens –, que du côté de l'ONU : dès lors qu'est admise la compétence de principe du Conseil de Sécurité pour adopter des sanctions visant des particuliers, plutôt que des États ou leur régime, en effet, le contrôle juridictionnel ne devrait pas interférer avec les prérogatives du Conseil de Sécurité, notamment pour ce qui est de la définition de ce qui constitue une menace à la paix ou à la sécurité internationales, de la constatation de l'existence d'une telle menace et de la détermination des moyens d'y mettre fin. Cette

<sup>71</sup> En ce sens, C. GREWE, « Les exigences de la protection des droits fondamentaux », in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND et M. ARCARI (dir.), *op. cit.* (n. 9), p. 71.

<sup>72</sup> TPICE, 30 sept. 2010, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi*, spéc. pt 127.

ligne de partage entre les acteurs politiques et les acteurs juridictionnels est assurément délicate, mais, à notre sens, elle est tout à fait nécessaire au bon fonctionnement des institutions, et à l'efficacité de la lutte antiterroriste, dans le respect des droits fondamentaux.

Pour finir, s'agissant du « Médiateur 1267 », autre « garant des droits fondamentaux » dans le cadre spécifique de la radiation de la liste Al Qaida, il ne doit pas être critiqué à l'excès, d'autant que des enseignements peuvent également être tirés à partir de cette institution.

En effet, chargé exclusivement d'examiner les questions de radiation sur les listes « Al Qaida », le Médiateur sollicite, dans son troisième rapport annuel<sup>73</sup>, l'extension de sa mission à des questions qui, de son point de vue, sont du même ressort – ou en tout cas sont indissociables – de ces questions de radiation dont il a la charge : il sollicite ainsi la charge du suivi des dossiers des personnes ou des entités radiées de la liste, ainsi que la possibilité d'assister les particuliers ou entités souhaitant déposer une demande de dérogation au Comité. Dans le premier cas, le Médiateur dénonce en effet que certaines personnes ayant obtenu leur radiation de la liste continuent d'être soumises à des restrictions de voyage ou d'accès à leurs comptes et de transfert de fonds. Or, à ce jour, ces « anomalies » ne peuvent faire l'objet que d'entretiens purement informels avec les États : le Médiateur considère que ces restrictions injustifiées constituent une entrave à l'équité, et il affirme ainsi qu'il pourrait remédier efficacement à ce type de situation, s'il avait le mandat précis de suivre ces cas avec les États concernés ou d'une autre façon qu'il resterait à imaginer. Dans le deuxième cas, le Médiateur souligne que la question de l'accès des particuliers et des entités aux dérogations aux mesures de sanction prescrites par le Conseil de Sécurité est encore plus pressante. Il explique très clairement que *« dans quatre des cas de radiation traités pendant la période à l'examen, les requérants ont demandé l'aide de la Médiatrice pour présenter des demandes de dérogation au Comité. Le mandat actuel du Médiateur ne lui permet même pas de faciliter la présentation d'une telle demande au Comité de la part d'un particulier ou d'une entité. Ceci s'est avéré problématique dans les cas traités pendant la période à l'examen. De plus, en règle générale, les particuliers ou entités n'ont pas d'autre possibilité que de passer par les États pour demander une dérogation au Comité. Pour les particu-*

<sup>73</sup> Troisième rapport annuel, janvier 2012, précité, spéc. pts 50 et s.

*liers résidant dans des États disposant de ressources et d'une capacité limitée, notamment, ces dérogations auront peu de chance d'aboutir, puisqu'ils ne peuvent pas s'assurer que la demande sera présentée au Comité* ». Pour toutes ces raisons, le Médiateur appelle à ce qu'il soit envisagé de donner à son bureau à la fois le mandat de suivre les plaintes concernant le maintien des mesures de sanction après la radiation de la liste et de transmettre directement les demandes de dérogation des particuliers et des entités au Comité pour examen.

Indépendamment des suites qui seront données – ou non – à cette requête du Médiateur, il faut sans doute souligner la vision « globale » très originale que tente de défendre ici le Médiateur, au titre de sa charge de protection des droits fondamentaux. De son point de vue, en effet, les mesures restrictives prises dans le cadre de la lutte antiterroriste ne doivent plus être scindées au titre de leur mise en œuvre et de leur contrôle, car il y a un lien entre l'inscription sur les listes, le gel des avoirs, les dérogations demandées, la radiation des listes, et l'extinction des effets provoqués par les mesures restrictives après la radiation. La chose est tout à fait juste. Il existe en effet, et d'abord, un lien institutionnel : ce sont les mêmes autorités qui décident – avec l'aide des États – des inscriptions sur les listes, des dérogations et des radiations. Et il existe également un lien matériel : c'est évidemment la rigueur des effets des mesures de gel des avoirs qui justifie les demandes de dérogations, comme les demandes de radiation des listes sont élevées pour que cessent ces mêmes effets. Par conséquent, suggère le Médiateur, l'unité devrait aussi exister au titre de la bonne application ou du contrôle, sous son égide. Cette approche unitaire et globale nous paraît à la fois logique et pertinente. Logique parce qu'il paraît bon qu'un « pôle de compétences » soit créé autour d'une seule et même personne, en l'occurrence le Médiateur, pour toutes les questions qui touchent – directement ou indirectement, au stade de la mise en place, pendant le déroulé ou au titre de l'extinction des effets – au gel des avoirs ; c'est le gage d'une certaine cohérence des décisions successives à prendre, ainsi que d'une connaissance approfondie de chaque dossier par le Médiateur, lui permettant une meilleure défense des intérêts des personnes listées et donc une plus grande efficacité dans l'exercice de son mandat premier. Mais l'approche « globale » est également pertinente. Si l'on revient aux enseignements que l'on peut tirer à l'égard des « garants » des droits fondamentaux en matière antiterroriste, en effet, on peut considérer que cette vision « unitaire » que tente de développer le Médiateur pourrait valablement inspirer le juge communautaire. Certes, il ne s'agit pas de prétendre à une réunification parfaite du régime de protection offert aux droits procéduraux et substantiels – les considérations d'ordre public en cause s'y opposeraient –, mais peut-être de raviver

l'idée d'une certaine unité des droits fondamentaux, et d'inviter à ce que la protection juridictionnelle qui doit être garantie aux individus listés au titre de ces droits soit, elle aussi, pensée globalement, pour plus de cohérence entre les décisions judiciaires et plus de justice au profit de ceux qui, rappelons-le, ne sont que des *présumés* terroristes.



# Heurs et malheurs du droit fondamental à l'alimentation

*François COLLART DUTILLEUL*

---

119

S'il n'est plus contestable que le droit à l'alimentation soit pleinement reconnu comme un droit fondamental, son opportunité et son contenu ont été discutés de manière récurrente au fil des siècles<sup>1</sup>. La place de ce droit dans la famille des droits de l'homme n'est d'ailleurs pas encore bien assurée. Au regard des statistiques données par la FAO sur l'état de la malnutrition dans le monde, elle ne l'est en tout cas pas encore sous l'angle de l'effectivité concrète. Mais elle ne l'est pas non plus dans sa portée, en particulier lorsque ce droit entre en conflit avec le principe du marché ou avec d'autres droits eux-mêmes fondamentaux.

C'est cet aspect particulier de la problématique du droit à l'alimentation que je souhaiterais prendre ici comme point de départ, en complément de ce que le programme Lascaux a déjà mené comme recherches à propos de ce droit<sup>2</sup>.

---

1 V. not., entre le XVI<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècles : A. CLÉMENT, « Faut-il nourrir les pauvres ? / Do we have to feed the poor ? », *Anthropology of food* [online], <http://aof.revues.org/index4283.html> ; K. POLANYI, *La grande transformation*, Éd. Gallimard, coll. « Tel », 2009, chap. 7, p. 128.

Sur les différentes écoles de pensée au regard du droit à l'alimentation dans l'histoire de la Chine, v. Du GANGJIAN et Sun JUANJUAN, « The justification of Chinesetraditionalthought on the right to adequatefood », [http://www.droit-aliments-terre.eu/documents/sources\\_lascaux/articles/Sun\\_Juanjuan\\_Du\\_Gangjian\\_Justification\\_Chinese\\_Traditional\\_Thought.pdf](http://www.droit-aliments-terre.eu/documents/sources_lascaux/articles/Sun_Juanjuan_Du_Gangjian_Justification_Chinese_Traditional_Thought.pdf).

2 V. not. F. COLLART DUTILLEUL et F. GARCIA, « Dans le domaine de l'alimentation, quels 'droits à' dans le 'droit de' ? », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.) [préf.

En réalité, Il y a une différence significative entre la théorie et la pratique. En théorie, les droits de l'homme sont conçus globalement et sur un pied d'égalité, ce que réaffirment régulièrement les instances issues de l'ONU, tel le Conseil des droits de l'homme pour lequel « *tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés, et [...] ils doivent être traités globalement, de manière juste et égale, sur un pied d'égalité et avec la même priorité* »<sup>3</sup>.

Mais concrètement, tous les droits fondamentaux ne se valent pas. L'idée d'une hiérarchie qui s'établirait entre eux n'est pas nouvelle et le juge, qu'il s'agisse d'une juridiction<sup>4</sup> ou d'un arbitre<sup>5</sup>, en rend parfois compte. Les Nations Unies incitent d'ailleurs à une telle hiérarchisation, au profit du droit à l'alimentation, notamment en ayant pris l'initiative de désigner un Rapporteur spécial pour ce droit<sup>6</sup>.

La possibilité d'une hiérarchie entre les droits fondamentaux soulève la question préalable de leur catégorisation. À cet égard, il m'apparaît de plus en plus clairement que, à côté des distinctions classiques – libertés publiques/droits fondamentaux, droits civils et politiques/droits économiques, sociaux et culturels, droits des personnes physiques/droit des personnes morales... –, il y a une distinction non dite qu'on pourrait faire, en tout cas dans un premier mouvement, entre ce qu'on peut appeler « *les*

J.-F. RENUCCI], *Droit économique et Droits de l'Homme*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2009, p. 497-508 ; E. COLLART DUTILLEUL (dir.), *De la terre à l'aliment, des valeurs au droit*, Éd. Inida, 2012.

- 3 Conseil des droits de l'homme, 16<sup>ème</sup> session, point 3 de l'ordre du jour : Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, Nations Unies, mars 2011, A/HRC/16/L.17.
- 4 V. par ex. M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, (préf. M. LEVINET), Éd. Bruylant, 2011.
- 5 V. par ex., dans l'affaire *Aguasargentinas c/ Argentina* où l'instance d'arbitrage de l'ONU relative aux litiges d'investissements internationaux (CIRDI/ICSID) considère que les textes sur les droits fondamentaux n'ont pas une valeur plus grande que celle des traités d'investissements internationaux. Ils ont une valeur égale. Le CIRDI considère également, en l'espèce, que l'Argentine, en rompant unilatéralement le contrat qui la liait à la société internationale Aguasargentinas pour la fourniture d'eau potable, a méconnu le droit de propriété de cette société et réalisé une expropriation. Le fait qu'elle ait résilié le contrat pour permettre la réalisation du droit à l'eau au profit des pauvres n'est pas une raison justificative suffisante dès lors qu'elle pouvait procéder par un autre moyen (par ex. faire payer l'eau plus cher aux plus riches pour pouvoir la faire payer moins cher par les plus pauvres). Il en résulte, en l'occurrence, qu'entre les deux droits fondamentaux, le droit de propriété de la société prévaut sur le droit à l'eau de la population : <http://www.waterlex.org/waterlex/fr/ressources/nouvelles/185-aout-2010-le-cirdi-icsid-donne-partiellement-raison-a-suez-et-al-contre-largentine> ; <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPen ding>.
- 6 Voir les différents rapports établis par le Rapporteur spécial Olivier DE SCHUTTER : <http://www.srfood.org/index.php/fr>. V. en part., pour une critique des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce au regard du droit à l'alimentation, le rapport établi par O. DE SCHUTTER en juin 2008 : Nations Unies, A/HRC/10/005/Add.2.

*droits fondamentaux à comptabilité positive* » et « *les droits fondamentaux à comptabilité négative* ».

Un droit fondamental à comptabilité positive est un droit qui comporte *ab initio* des prérogatives concrètes. Il confère ainsi à son titulaire un capital de départ de prérogatives qui, comme le droit de propriété, peut même friser l'absolu. Toute l'histoire de ce droit est alors une histoire, peu ou prou, de résistance face aux tentatives ou à la tentation d'en réduire l'objet ou la portée. La liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, le droit de propriété font partie de cette catégorie. Ce sont là des droits ou libertés qui permettent *a priori* de tout faire, sauf ce qui est interdit.

Les droits fondamentaux à comptabilité négative sont des droits qui, au point de départ, ne confèrent à leur titulaire aucune prérogative concrète particulière. Ce sont des droits vides et toute leur histoire consiste à les doter de prérogatives, pas après pas, en dépit des pressions exercées d'en haut pour empêcher que ces prérogatives ne deviennent trop puissantes. Ce sont par exemple les droits sociaux, et ce n'est pas pour rien qu'on parle à leur propos de droits acquis. Le droit fondamental à l'alimentation est lui aussi un droit à comptabilité négative. Qu'offre-t-il à son titulaire ? *A priori* rien d'autre qu'une espérance dont la concrétisation ne dépend pas de lui. Or cette concrétisation peut prendre un tour très différent selon qu'on considère ce droit comme permettant activement d'accéder par soi-même à une alimentation suffisante et saine pour soi et sa famille ou, passivement, comme un droit à une aide alimentaire à caractère humanitaire.

Ce n'est pas à dire, pour autant, que les droits fondamentaux à comptabilité positive soient des « droits de » et les autres des « droits à ». Le droit du propriétaire est à la fois un droit d'exercer ses prérogatives de propriétaire et un droit à conserver sa qualité de propriétaire qui se transforme en droit à une juste compensation lorsqu'il se trouve exproprié. Le droit à l'alimentation est aussi un droit à une alimentation saine, ce qui suppose la mise en œuvre complémentaire d'un droit de l'alimentation.

Dès lors, dans ce contexte, comment peut-on parler du droit fondamental à l'alimentation puisqu'il est aussi vide que l'estomac des personnes qui en sont titulaires et qui ont pourtant un intérêt à s'en prévaloir ? Pour le savoir, il importe avant tout d'établir l'existence de ce droit et de son contenu (I). Cela fait, il restera à analyser les moyens de le mettre en œuvre sous la responsabilité des États (II), à l'aide des directives données par la FAO (III) et dans la limite du minimum que constitue le droit à une aide alimentaire que l'Europe remet en cause (IV).



## I. LA RECONNAISSANCE ET LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU DROIT

Il faut commencer par dire, car c'est une vérité juridique, que ce droit fondamental à l'alimentation existe bien, tout comme la liberté d'entreprendre ou le droit de propriété. Il a la même légitimité, la même force juridique *a priori*, la même portée théorique que les autres. Il est assis sur l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, selon lequel : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que les services sociaux nécessaires* » (§ 1).

Si cette Déclaration n'a pas de valeur contraignante, elle a été ensuite traduite dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (le « PIDESC »). Le droit fondamental à l'alimentation se trouve dans le second des deux, adopté en 1966, mis en œuvre ou du moins entré en application en 1976. Selon l'article 11, en effet, « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence* » (§ 1).

Le second paragraphe du même article va plus loin dans la présentation de ce droit fondamental :

*Les États parties au présent Pacte, reconnaissant le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim, adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets :*

- a) Pour améliorer les méthodes de production, de conservation et de distribution des denrées alimentaires par la pleine utilisation des connaissances techniques et scientifiques, par la diffusion de principes d'éducation nutritionnelle et par le développement ou la réforme des régimes agraires, de manière à assurer au mieux la mise en valeur et l'utilisation des ressources naturelles;*
- b) Pour assurer une répartition équitable des ressources alimentaires mondiales par rapport aux besoins, compte tenu des problèmes qui se posent tant aux pays importateurs qu'aux pays exportateurs de denrées alimentaires.*

Depuis le PIDESC, le droit à l'alimentation a été confirmé dans de nombreuses enceintes internationales<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Ch. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice* (préface d'O. DE SCHUTTER et Introduction de Jean ZIEGLER), Bruylant, 2011, et la bibliographie citée.

Ce droit fondamental a par ailleurs un contenu précisé depuis 2002. En effet, étonnamment, il a fallu attendre 1996 pour qu'au premier sommet mondial de l'alimentation, tenu à la FAO à Rome, on se demande ce qu'on pourrait bien donner comme contenu à ce droit entré en vigueur 20 ans auparavant. Pour en déterminer le contenu, on en a appelé à l'ONU qui, par l'intermédiaire du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR)<sup>8</sup>, a réfléchi pendant trois ans sur ce contenu et sur la façon de le concevoir<sup>9</sup>. Le Comité a, dans le même temps, défini le contenu du droit à l'eau<sup>10</sup>. Il en a été pris acte en 2002 en reconnaissant, lors du deuxième sommet mondial de l'alimentation, le résultat du travail effectué par ce Comité<sup>11</sup>. Ce contenu est très exigeant :

*Le droit à une nourriture suffisante est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme et chaque enfant, seul ou en communauté avec d'autres, a physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer. Le droit à une nourriture suffisante ne doit donc pas être interprété dans le sens étroit ou restrictif du droit à une ration minimum de calories, de protéines ou d'autres nutriments spécifiques. Il doit être réalisé progressivement. Cela étant, les États ont l'obligation fondamentale d'adopter les mesures nécessaires pour lutter contre la faim, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 11, même en période de catastrophe naturelle ou autre.* (point 6)

Pour le Comité, le droit à une nourriture suffisante comprend :

- *la disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu ;*

<sup>8</sup> Constitué d'experts indépendants, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est chargé de surveiller l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par les États parties. Ce Comité a été créé en 1985 par une résolution (1985/17) du Conseil économique et social afin d'exercer les tâches de surveillance qui ont été confiées au Conseil en vertu de la quatrième partie du PIDESC.

<sup>9</sup> Vingtième session du CESCR, (1999) ; Genève, 26 avril-14 mai 1999, Point 7 de l'ordre du jour : « *Le droit à une nourriture suffisante (art. 11) : 12/05/1999, E/C 12/1999/5 (General Comments)* » ; questions de fond au regard de la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; observation générale 12.

<sup>10</sup> Observation générale 15.

<sup>11</sup> V. <http://www.fao.org/worldfoodsummit/french/newsroom/news/8580-fr.html> ; C. GOLAY, *op. cit.* (n. 7), p. 37 et s., p. 55 et s.

- *l'accessibilité ou possibilité d'obtenir cette nourriture d'une manière durable et qui n'entrave pas la jouissance des autres droits de l'homme.* (point 8)

Il appartient aux États de le mettre en œuvre.

## II. LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS DANS LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT

Par qui et comment le droit fondamental à l'alimentation doit-il être mis en œuvre ? Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels apporte un début de réponse à cette question en faisant peser la charge de la mise en œuvre sur les États, ce que ceux-ci font à différents niveaux de leurs droits nationaux<sup>12</sup>, et en précisant (point 15) les différentes obligations qu'ils doivent respecter pour donner effet au droit à l'alimentation :

- *l'obligation de prêter assistance et celle de distribuer des vivres [...]*
- *l'obligation [...] de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de l'accès à une nourriture suffisante [...]*
- *l'obligation [...] de veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès à une nourriture suffisante [...]*
- *l'obligation [...] de prendre les devants de manière à renforcer l'accès de la population aux ressources et aux moyens d'assurer sa subsistance, y compris la sécurité alimentaire, ainsi que l'utilisation desdits ressources et moyens.*

*Enfin, chaque fois qu'un individu ou un groupe se trouve, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans l'impossibilité d'exercer son droit à une nourriture suffisante par les moyens dont il dispose, l'État a l'obligation de faire le nécessaire pour donner effet directement à ce droit (distribuer des vivres). Il a la même obligation envers les victimes de catastrophes, naturelles ou autres.*

Le Comité assure la cohérence de sa conception en faisant peser sur l'État une responsabilité lourde lorsque, alors qu'il pourrait l'être, le droit à l'alimentation n'est pas mis en œuvre. Le Comité définit d'ailleurs les causes

<sup>12</sup> V. L. KNUTH et M. VIDAR, « Constitutional and Legal Protection of the Right to Food around the World », FAO, Rome, 2010.

possibles d'une telle violation du droit à l'alimentation en pointant notamment « l'abrogation ou suspension formelle de la législation nécessaire à l'exercice permanent du droit à l'alimentation », « l'adoption de mesures législatives ou de politiques manifestement incompatibles avec les obligations juridiques préexistantes touchant le droit à l'alimentation », le « fait que l'État ne réglemente pas les activités de particuliers ou de groupes de façon à les empêcher de porter atteinte au droit d'autrui à l'alimentation » ou encore le fait « qu'il ne tient pas compte de ses obligations juridiques internationales concernant le droit à l'alimentation lorsqu'il conclut des accords avec d'autres États ou avec des organisations internationales » (point 19).

Dès lors, ne pourrait-on pas incriminer les États lorsque leur droit économique ou professionnel national conduit les entreprises à exercer leur activité au détriment du droit à l'alimentation d'une partie de la population ? Ou encore lorsque l'État prend un engagement international qui peut avoir des effets négatifs sur la mise en œuvre de ce droit ? On songe aux effets négatifs que peuvent avoir les investissements étrangers dans les pays en développement (accaparement de terres, notamment) ou ceux des accords de l'OMC lorsqu'ils privent l'État du pouvoir de mettre en œuvre une politique alimentaire (temporairement) protectionniste (en réalité souveraine) et adaptée à des circonstances de crise.

En réalité, si le droit à l'alimentation paraît solidement fondé et construit dans les textes, l'interprétation qui en est faite, en particulier par la FAO, risque bien de lui faire perdre l'essentiel de son potentiel.

### III. LES DIRECTIVES DE LA FAO POUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT

Après la définition que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a donnée du droit à l'alimentation, il est revenu à la FAO de dire comment ce droit devait être mis en œuvre et concrétisé.

C'est ainsi que, lors du second Sommet Mondial de l'Alimentation en 2002, il a été décidé d'élaborer, au sein de la FAO, un ensemble de directives volontaires pour la mise en œuvre progressive du droit à une alimentation suffisante. Ces directives ont été adoptées en 2004<sup>13</sup>. On en compte 19, réunies dans un document intitulé *Le droit à l'alimentation : directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*.

**13** Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, 127<sup>ème</sup> session du Conseil de la FAO, novembre 2004 : [http://www.fao.org/righttofood/publi\\_01\\_fr.htm](http://www.fao.org/righttofood/publi_01_fr.htm).

Il s'agit donc des préconisations que la FAO adresse aux États, en particulier à ceux d'entre eux dont la population souffre de famine ou de malnutrition. La politique de la FAO au regard du droit à l'alimentation se manifeste par une approche économique de soumission au principe de libre concurrence dont témoigne bien la 4<sup>ème</sup> directive, relative aux « marchés » :

*4.6 : Les États pourront souhaiter adopter des mesures pour que le plus grand nombre possible de particuliers et de communautés, notamment les groupes défavorisés, puissent tirer parti des débouchés qu'offre un commerce des produits agricoles concurrentiel.*

Pour la FAO, le droit fondamental à l'alimentation s'inscrit dans un contexte de concurrence qui doit être préservé. Les États doivent donc faire en sorte d'adopter des mesures pour que les plus pauvres puissent « tirer parti » de cette concurrence. La FAO précise alors sa préconisation :

*4.7 : Il convient que les États s'efforcent de faire en sorte que les politiques concernant les aliments, le commerce des produits agricoles et les échanges en général contribuent à renforcer la sécurité alimentaire pour tous, grâce à un système de commerce local, régional, national et mondial à la fois non discriminatoire et axé sur le marché.*

Ainsi, le droit fondamental à l'alimentation n'est en rien une limite, un frein, une condition ou une donnée dans l'organisation de la concurrence, dans la régulation du libre échange et dans les règles de fonctionnement du marché. Il doit être conçu, pensé, défini et mis en œuvre dans les interstices de la concurrence et du marché. Il n'y a donc ni incompatibilité ni contradiction entre le marché et le droit à l'alimentation parce que celui-ci ne naît pas des effets de celui-là. Cela ne signifie pas que le marché soit parfait, puisqu'il laisse malgré tout prospérer une pauvreté et une insécurité alimentaire, même si, dans la doctrine de la FAO, il n'en est pas la cause. C'est pourquoi la FAO précise alors :

*4.9 : Les États tiendront compte du fait que les marchés ne permettent pas systématiquement à chacun de bénéficier d'un revenu suffisant, en tout temps, pour satisfaire ses besoins fondamentaux. En conséquence, il convient que les états fassent en sorte de mettre en place des systèmes adéquats de sécurité sociale et, le cas échéant, de garantir l'aide de la communauté internationale à ces fins.*

Le droit fondamental à l'alimentation est ainsi principalement mis en œuvre par le fonctionnement même du marché, en ce que celui-ci conduit par sa conception et sa fonction à la sécurité alimentaire. En tant que besoin et dans la mesure où le marché n'atteint pas totalement son objectif, la mise

en œuvre du droit à l'alimentation est complétée par une aide alimentaire publique.

#### IV. L'AFFAIBLISSEMENT DU DROIT AU REGARD DE L'AIDE ALIMENTAIRE EUROPÉENNE

Cette aide alimentaire, selon le Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels, constitue l'une des obligations des États. Pour notre continent, l'essentiel de cette aide relevait d'une politique de l'Union européenne liée à la Politique Agricole Commune<sup>14</sup>. Mais, après quatre années d'hésitation, elle a radicalement remis en cause cette politique d'aide en adoptant, en février 2012, un nouveau règlement qui renvoie aux États le soin de mettre en œuvre le droit à l'alimentation.

En effet, c'est en septembre 2008 que l'Union européenne a ouvert la procédure d'adoption d'un règlement relatif à la distribution d'aliments au profit des personnes les plus démunies qui ne se nourrissent pas à leur faim en Europe. La proposition initiale de règlement<sup>15</sup> offrait quatre options possibles :

- la distribution des stocks d'interventions agricoles aux organisations humanitaires chargées de les donner aux personnes « les plus démunies » ;
- la distribution des stocks d'intervention, complétée par des achats sur le marché ;
- la distribution des seules denrées achetées sur le marché ;
- la fin du programme de distribution de denrées alimentaires.

Pour la Commission, le choix reposait sur des critères économiques (coût de revient, effet sur la concurrence,...). Or cela ne soulevait pas de difficultés lorsque, pour des raisons de surproduction liée à une politique productiviste et au régime de subventions, l'Union européenne disposait de larges stocks d'intervention de produits de base (principalement du blé et du lait). Au fil des ans, il suffisait de compléter l'aide à la marge par des achats sur le marché. Or ces stocks ont beaucoup diminué par l'effet de l'infléchissement de la Politique Agricole Commune vers une agriculture moins productiviste et

<sup>14</sup> V. not. F. COLLART DUTILLEUL et F. GARCIA, art. cit. (n. 2), p. 497-508.

<sup>15</sup> Proposition de règlement du Conseil modifiant les règlements (CE) n° 1290/2005 relatif au financement de la politique agricole commune et (CE) n° 1234/2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (règlement « OCM unique ») pour ce qui est de la distribution de denrées alimentaires au profit des personnes les plus démunies de la Communauté, COM (2008) 563 FINAL.

moins subventionnée. La politique d'aide alimentaire repose alors de plus en plus sur des achats sur le marché.

Dans le nouveau Règlement (UE) n° 121/2012 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2012, il est noté (4<sup>ème</sup> considérant) que « *la version actuelle du règlement (CE) n° 1234/2007 n'autorise les achats sur le marché qu'en cas d'indisponibilité temporaire de produits. À la lumière de l'arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire T-576/08<sup>16</sup>, les achats de denrées alimentaires sur le marché de l'Union ne peuvent pas se substituer, sur une base régulière, aux stocks d'intervention réduits. Dans ces conditions, il est approprié de mettre un terme au régime de distribution de denrées alimentaires. Afin de donner aux organisations caritatives des États membres utilisant le régime actuel de distribution de denrées alimentaires suffisamment de temps pour s'adapter à la nouvelle situation, il convient de modifier le régime de distribution de denrées alimentaires afin de prévoir une période de suppression graduelle durant laquelle les achats sur les marchés devraient devenir une source d'approvisionnement régulière pour le régime de distribution de denrées alimentaires afin de compléter les stocks d'intervention en cas d'indisponibilité de stocks appropriés. La période de suppression graduelle devrait prendre fin au terme du plan annuel de 2013* ».

Ainsi l'aide alimentaire européenne était destinée à disparaître à la fin 2013 puisqu'elle était en grande partie justifiée par le souci de réduire au minimum les stocks d'intervention et que cet objectif a été atteint. Mais il résulte de la discussion budgétaire intervenue en février 2013 pour fixer le budget de l'Europe de 2014 à 2020, que l'aide alimentaire européenne sera finalement maintenue sur cette période tout en étant réduite de 40 %, passant de 500 millions d'euros par an à 300 millions. On voit ainsi que le droit à l'alimentation résiste mal à l'analyse économique du droit et aux contraintes du droit économique.

On observe que cela fait du droit à l'alimentation une simple bulle à l'intérieur d'un système économique qui est lui-même gouverné par d'autres droits encore plus fondamentaux tels le droit de propriété ou la libre concurrence. Il y a donc bien une hiérarchie parmi les droits fondamentaux et le droit à l'alimentation, droit fondamental à comptabilité négative, est en situation de soumission aux droits plus fondamentaux qui sont à comptabilité positive.

Dans la conception retenue par la FAO, qui s'éloigne singulièrement des orientations données par le CESC, le marché permet d'atteindre la sécurité alimentaire sans que ce soit sa fonction ou son but. Et dans cette même conception, le droit à l'alimentation est à la fois un droit principal aux bienfaits du marché concurrentiel et du libre échange, et un droit

<sup>16</sup> Affaire T-576/08 *Allemagne c/ Commission*, arrêt du 13 avril 2011 (non encore paru).

complémentaire à une aide alimentaire publique, sous réserve du recul de cette aide en Europe.

Il en résulte que le droit fondamental à l'alimentation est un droit des effets et non un droit des causes. On ne cherche pas à déterminer pourquoi il y a de la pauvreté ou de la famine. On le constate et on confie au marché le soin d'y remédier. C'est dans ce sens que le directeur général de l'OMC pose en règle qu'il faut pousser plus loin encore la libéralisation des échanges si l'on veut éradiquer ou réduire la pauvreté<sup>17</sup>.

Et si le marché dérégulé ou le libre échange était une cause ?

Comment ne pas en être convaincu lorsqu'on songe aux travaux de Karl Polanyi sur la naissance du capitalisme en Angleterre au tournant des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, sur la marchandisation de la terre, de la monnaie et de la force de travail, avec des effets négatifs considérables en termes de paupérisation des paysans privés de terre et de crises alimentaires ? On songe également à la manière particulière dont une préfiguration du droit fondamental à l'alimentation a été mise en œuvre à cette époque en Angleterre, par ce que Karl Polanyi appelle la « loi de *Speenhamland* »<sup>18</sup>.

Ce n'est pas le lieu ici de présenter la doctrine des causes économiques de la pauvreté et des famines. Il suffit, à ce stade, de considérer que le droit à l'alimentation peut donner lieu à une autre approche que celle de la FAO ou de l'Europe. La concrétisation principale du droit à l'alimentation par le fonctionnement régulier du marché, soutenue par le directeur général de l'OMC, n'est qu'une hypothèse. On peut tout autant raisonner sur celle qui voit dans le droit à l'alimentation le résultat de limites, de contraintes et de freins mis au libre échange des produits agricoles et alimentaires, comme le fait le Rapporteur spécial de l'ONU pour le droit à l'alimentation<sup>19</sup>.

Le droit fondamental à l'alimentation ne présuppose et ne sous-entend pas une politique publique de sécurité alimentaire car ce droit fondamental est avant tout un droit individuel. Nous avons donc un milliard de personnes dans le monde qui ont chacun à faire valoir un droit par une action en justice que, pour la plupart, ils ne trouveront pas dans l'arsenal juridique de

**17** V. la lettre adressée par le directeur général de l'OMC au Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit à l'alimentation : [http://www.wto.org/french/news\\_f/news11\\_f/agcom\\_14dec11\\_f.htm#letter](http://www.wto.org/french/news_f/news11_f/agcom_14dec11_f.htm#letter).

**18** V. K. POLANYI, *op. cit.* (n. 1), chap. 7, p. 128. *Adde* : F. COLLART DUTILLEUL et F. GARCIA, art. cir. (n. 2).

**19** O. DE SCHUTTER, « The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda - Putting Food Security First in the International Trade System », Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation : [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Food/20111116\\_briefing\\_note\\_05\\_en.PDF](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Food/20111116_briefing_note_05_en.PDF) ou [http://www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20120306\\_hria\\_fr.pdf](http://www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20120306_hria_fr.pdf).



leur pays et, pour tous, qu'ils n'auront en tout état de cause pas les moyens d'intenter.

En réalité, la mise en œuvre du droit à l'alimentation ne peut passer que par celle d'une politique nationale de sécurité alimentaire qui contraint à considérer, au moins vis-à-vis de l'OMC, que les matières premières agricoles à usage alimentaire ne sont pas des marchandises comme les autres.

## Table ronde n° 1

# La nécessité de reconstruire des hiérarchies entre les droits fondamentaux<sup>1</sup>

*présidée par Jean-Baptiste RACINE*

---

### Jean-Baptiste RACINE

Pour lancer le débat, je vais faire trois observations sur les libertés économiques, sur les droits fondamentaux et sur l'ordre public.

Sur les libertés économiques, tout d'abord. Il me semble qu'il s'agit en réalité pour une large part de droits fondamentaux. Les libertés économiques sont aussi des droits fondamentaux ou des libertés fondamentales, par exemple, le droit à la liberté de prestation de services, le droit à la liberté d'établissement, le droit à la libre circulation du capital, des marchandises... Ce sont donc des droits ou des libertés qui doivent être considérés pour les droits, comme fondamentaux, pour les libertés, comme fondamentales. Il y a cette idée de hiérarchisation qui est évidente, mais je pense que les libertés économiques doivent être rangées dans la catégorie plus générale des droits fondamentaux. Il y a donc des droits fondamentaux de nature économique et des droits fondamentaux de nature non économique ; des valeurs marchandes d'un côté, des valeurs non marchandes de l'autre.

Sur les droits fondamentaux, ensuite. Depuis que l'on réfléchit sur les droits de l'homme, on a essayé de trouver une hiérarchie. Cette hiérarchie est parfois niée parce que les droits fondamentaux sont considérés comme étant indivisibles. Au nom de cette indivisibilité entre droits fondamentaux, il n'y aurait pas de hiérarchie à faire, les droits fondamentaux étant tous

---

1 Le style oral des interventions a été conservé.

fondamentaux ! C'est intenable bien entendu, ce pour plusieurs raisons. On voit bien qu'il y a des droits plus fondamentaux que d'autres. Il y a des droits inconditionnels et des droits conditionnels. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, on parle du noyau dur des droits de l'homme. Cela veut dire qu'il y a en réalité des cercles concentriques, certains droits étant dans le noyau dur et d'autres s'éloignant du caractère fondamental. Du point de vue de la pure technique juridique, il existe donc certains droits susceptibles de faire l'objet d'une renonciation et d'autres qui ne peuvent pas en faire l'objet. En réalité, il y a donc des droits plus fondamentaux que d'autres. Je pense que ce serait se voiler la face que de le nier. C'est pourquoi on parle de droits intangibles, de droits primordiaux ou bien encore de droits absolus. En préparant cette table ronde, il m'est venu l'idée d'aller voir dans le domaine de la psychologie de manière à essayer de faire un pont. Je vais prendre ici l'exemple assez connu de la pyramide des besoins de Maslow. Maslow était un psychologue américain qui, en 1943, a établi une hiérarchie des besoins. C'est, je pense assez révélateur de ce qui a été dit ce matin. Maslow, en réalité, distinguait les besoins fondamentaux, qu'il plaçait au bas de la pyramide, et les besoins de croissance personnelle qui étaient plutôt au sommet de la pyramide. Les besoins fondamentaux sont les plus importants, par définition. Et il y a parmi les plus fondamentaux des besoins fondamentaux, les besoins physiologiques, donc la nourriture. On est ainsi dans le cœur même de ce qui est fondamental, à savoir le besoin primaire : l'alimentation. Dans les besoins fondamentaux, juste derrière, il y a les besoins liés à la sécurité (ce qui permet de faire le lien avec la lutte contre le terrorisme). Par conséquent, les besoins physiologiques et les besoins liés à la sécurité sont vraiment élémentaires. Ensuite, Maslow allait plus loin en parlant de l'appartenance et de l'amour, de l'estime de soi, etc. Ce sont des besoins non fondamentaux ou en tout cas qui ont un degré d'importance beaucoup moins grand. On voit bien que le droit à l'alimentation fait partie des besoins physiologiques de l'être humain et doit être le droit le plus important dans la hiérarchie (il renvoie à ce qui est *élémentaire*). Il y a donc une hiérarchie qui est latente. La question est de savoir, et c'est l'objet de cette table ronde, si on peut rebâtir ou réfléchir à une nouvelle hiérarchie. Sans donner aucune réponse tranchée et en entendant ce qui a été dit ce matin, et qui était très intéressant, il est très difficile de trouver une règle de conflit fiable, nette, qui permette de faire le distinguo. Les choses sont extrêmement complexes, les contradictions sont particulièrement difficiles à résoudre et le terrain est mouvant, les droits se confrontant sur des terrains différents. Par ailleurs, même au sujet des droits fondamentaux, il y a aussi du droit mou. Ce qui est fondamental n'est pas forcément du droit « dur », du droit contraignant. Il y a de la *soft law* y compris dans les droits de l'homme, ce qui veut dire que la texture même du droit est parfois difficile à saisir.

Dernière série de remarques, au sujet de l'ordre public. L'ordre public peut être un instrument de défense des droits fondamentaux. Au visa de l'article 6 du Code civil, il y a des droits fondamentaux qui ont été intégrés dans la catégorie de l'ordre public. Mais pour prendre le cas des entraves au commerce, notamment dans le cadre de l'Union européenne ou de l'OMC, on voit que la qualification d'ordre public a potentiellement un côté pernicieux. Si l'on range les droits fondamentaux dans la catégorie de l'ordre public, on leur fait jouer un effet exceptionnel, car l'ordre public est une exception à la liberté de circuler des marchandises, une exception au libre commerce. Par conséquent, ranger les droits fondamentaux dans la catégorie de l'ordre public peut les reléguer et les cantonner à un rôle tout à fait exceptionnel où il faudrait prouver qu'il y a une entrave légitime et justifiée au commerce. Donc, il faut à mon avis être prudent en la matière. Lorsque l'on parle d'ordre public, on peut aussi envisager un ordre public qui ne soit pas dans la catégorie des exceptions, mais qui soit ce qu'on appelle un ordre public positif ou un ordre public intégré. On fait ainsi jouer à l'ordre public un autre rôle que celui d'une restriction exceptionnelle aux échanges. Ce serait un ordre public plus vigoureux, plus construit qui, par le biais d'accords internationaux notamment, pourrait trouver une place dans le sens d'une intégration plus poussée. On en parle en droit de l'environnement. Il y a des études sur la place de l'environnement dans l'OMC qui démontrent que cantonner la protection de l'environnement à un rôle d'exception au libre commerce peut avoir des aspects négatifs. C'est pour cela que l'on parle d'intégration matérielle ou substantielle dans les accords<sup>2</sup>.

Ce ne sont que quelques pistes. Donnons la parole à la salle pour avoir des réactions et des questions.

### Horatia MUIR WATT

J'ai noté au moins cinq points.

Je vais commencer par ta position méfiante à l'égard des droits fondamentaux. Je souscris à tout ce que tu dis. En revanche je crois profondément à la réversibilité de tous ces arguments et c'est là où je pense qu'il ne faut pas perdre foi dans les droits fondamentaux, ce que certains exposés ont montré d'ailleurs. Et je crois, par exemple, que ce que développe Olivier De Schutter, je crois que c'est l'article 30 des Accords de Marrakech, qui rendrait opposable aux États, c'est-à-dire sur le terrain de la responsabilité des États, l'obligation d'assurer non seulement que sa propre population prospère mais

<sup>2</sup> L. BOY, « La place de l'environnement dans le règlement des conflits à l'Organisation Mondiale du Commerce », in *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 59 ; J. MALET et G.J. MARTIN, « L'intégration substantielle des préoccupations environnementales dans le système juridique », in *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Larcier, 2011, p. 245.

que la population des autres prospère également. Donc, je crois beaucoup à l'existence de ces arguments, il se trouve qu'aujourd'hui, et en un certain état du droit judiciaire transnational, ils n'ont pas été utilisés de la façon dont on le souhaiterait. Mais je pense qu'il y a un potentiel tout à fait exploitable.

En réalité tout se tient. Pourquoi est-ce que sur le terrain, par exemple, des libertés économiques, il n'y a pas d'avantage de percée des droits fondamentaux ? Eh bien on a en même temps la Cour internationale de justice (CIJ), détentrice d'un énorme pouvoir sur l'agencement des droits, qui vient de prendre une position extrêmement prudente – donc extrêmement décevante – sur la place du *jus cogens* dans la hiérarchie des normes, par exemple.

Il y a néanmoins une opinion dissidente absolument extraordinaire écrite par le juge Cançado, brésilien : c'est un chef-d'œuvre de 80 pages, une plaidoirie pour le *jus cogens*. Pour faire très bref, c'était une demande de réparation par des particuliers italiens contre l'Allemagne pour des faits commis par les forces d'occupation allemande sous l'égide du III<sup>e</sup> Reich. Les Cours italiennes ont condamné l'Allemagne en disant qu'il n'y a pas lieu d'avoir une immunité de juridiction parce que le *jus cogens* est en cause. L'Allemagne a assigné l'Italie pour cela devant la CIJ en lui reprochant d'avoir violé le droit international des immunités juridictionnelles. Clairement, l'enjeu politique était « droit fondamental » contre « droit processuel » et la Cour fait prévaloir le droit purement processuel. La Cour envoie un message extrêmement négatif qui a des répercussions sur tout le reste. Néanmoins, il y a déjà une opinion dissidente qui est en train de rallier toutes les organisations, les ONG, qui s'intéressent aux droits de l'homme. Donc c'est grave mais je pense que c'est réversible et ça vaut le coup de s'investir dans cette lutte.

## Dominique ROSENBERG

### – Sur la question de l'extrême prudence du juge international à propos du *jus cogens*

Il vient d'être dit que la CIJ avait été timide dans son dernier arrêt. Je rappelle cependant que la CIJ pendant très longtemps a évité de prononcer les termes de droit impératif général et de *jus cogens* pour ne pas dissuader les États de la saisir en apparaissant comme un juge « quasi législateur ». Elle a donc utilisé des litotes pour ne pas s'y référer explicitement. Elle a dans l'arrêt récent de 2006 *République démocratique du Congo c/ Rwanda*, utilisé pour la première fois cette catégorie normative en reconnaissant l'appartenance de certaines normes très consensuelles (interdiction de l'esclavage, interdiction du génocide en l'occurrence) au droit impératif général. Mais, pour en revenir à la prudence jugée excessive de l'arrêt de 2012 sur ce point ce n'est pas parce qu'une norme relèverait du droit impératif général que la Cour devrait renoncer à appliquer l'ensemble des autres règles du droit

international public, le *jus cogens* n'étant applicable en l'état strict du droit que dans les rapports interconventionnels. La CIJ a déjà dit dans l'affaire du Timor oriental<sup>3</sup>, que nonobstant le fait que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes puisse relever de la catégorie du droit impératif général – ce qu'elle laisse présumer implicitement –, pour autant, si l'Indonésie ne reconnaissait pas sa compétence, elle ne pouvait pas statuer sur le fond. L'invocation du droit impératif général ne peut rendre inopérantes les autres règles du droit international, notamment procédurales ou relatives à la compétence. Dans tout système juridique la référence à l'ordre public ne s'effectue pas sans conditions et s'opère sous le contrôle du juge dans tous ses aspects.

– Sur le droit à l'alimentation en tant qu'appartenant au droit impératif général

François, tu as démontré que, de ton point de vue, ce n'était pas un droit fondamental. Je me permets de rappeler deux éléments qui amorcent une évolution sensible en sens contraire, même si elle n'a pas un caractère définitif :

Premier élément – Dans le commentaire n° 12 de 1999, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dit, à propos du droit à l'alimentation, que c'est un droit crucial qui est la condition de l'exercice des autres droits. Donc c'est lui accorder une portée essentielle si l'on se rapporte à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Donc si ce droit-là n'est pas respecté ni garanti aux individus, comme le droit à la vie ou comme le droit à être soustrait à des traitements dégradants ou à la torture, les autres droits ne peuvent être exercés, ils sont vidés de leur effectivité par définition. C'est dire que dans l'esprit du Comité, dans l'esprit de l'interprétation onusienne officielle, c'est un droit-condition pour les autres droits, un droit intransgressible auquel aucune dérogation ne serait possible.

Second élément – Un État peut être soumis à des sanctions par l'ONU, pour son comportement illégal. Tel fut le cas, par exemple, de l'Irak de Saddam Hussein pendant la première guerre du Golfe. On constate que les sanctions prises dans le cadre de l'ONU, puis relayées dans le cadre de l'UE par exemple, ne sont jamais des sanctions alimentaires. Ce sont des *smart sanctions*, mais ce ne sont pas des sanctions alimentaires. Ce qui veut dire *a contrario* que dans la pratique du Conseil de Sécurité de l'ONU, on fait la distinction entre les sanctions contre l'État et les sanctions qui pourraient indirectement atteindre les droits fondamentaux des peuples et des individus de l'État en question : le droit à la sécurité alimentaire se voit ainsi sanctuarisé. Ce point de vue qui traduit un large consensus dans la communauté internationale laisse présumer que ce droit à l'alimentation doit être strictement garanti, il n'est pas un droit parmi d'autres, il est doté d'une portée fondamentale.

<sup>3</sup> CIJ, 30 juin 1995, *Portugal c/ Australie*.

J'ajoute que, du point de vue des perspectives en matière d'intégration du droit à l'alimentation dans les traités commerciaux et dans les traités relatifs aux investissements en matière de denrées alimentaires, l'idée se fait jour, notamment chez Olivier De Schutter qui martèle cette idée, qu'en effet le droit à l'alimentation devrait être reconnu comme droit impératif général et que, en conséquence, les traités devraient en tenir compte. Je rappelle quand même que la contradiction entre l'existence d'une norme de droit impératif général et un traité, c'est son annulation pure et simple.

### **Cécile IMBAR**

Est-ce que la relégation du droit à l'alimentation n'est pas due en partie au fait que les États ne sont pas prêts à mettre suffisamment de poids dans ce droit qui tendrait plutôt à être assez utopique ?

### **François COLLART DUTILLEUL**

Dans la doctrine officielle sur le droit à l'alimentation, il y a deux aspects dont il faut tenir compte :

- Pour le directeur général de l'OMC, Pascal Lamy, le meilleur moyen de mettre en œuvre le droit fondamental à l'alimentation et l'éradication de la pauvreté, c'est d'aller plus loin dans la libéralisation. S'il y a des difficultés à le mettre en œuvre, c'est qu'on ne va pas assez loin dans la direction du libre échange. Soit c'est exact, soit ça ne l'est pas. En face, Olivier De Schutter affirme le contraire.
- Il faut reconnaître que si on veut donner une réalité au droit fondamental à l'alimentation l'enjeu est gigantesque : un milliard de personnes, ce n'est pas rien ! Derrière le droit fondamental à l'alimentation, il y a en réalité la totalité du système économique mondial. C'est de cela dont il faut avoir conscience. La conséquence, c'est qu'on ne peut pas régler la question du droit fondamental à l'alimentation sans toucher à la spéculation internationale sur les matières premières agricoles, sans toucher au commerce international des matières premières agricoles, sans toucher à toute l'industrie de la transformation des aliments, sans toucher à la politique foncière qui conduit à l'accaparement de terres par les pays riches ou des sociétés de pays riches sur le territoire des pays en développement. C'est la terre, c'est l'eau, ce sont les ressources naturelles, ce sont les échanges, ce sont les modes de production et de consommation, c'est tout le système financier qu'il faut toucher pour avancer d'un pas dans la direction du droit fondamental à l'alimentation. La solution de facilité est celle de Pascal Lamy. Mais comme on ne peut pas démontrer scientifiquement

le contraire puisqu'il faut attendre d'avoir mis en œuvre cette solution pour se rendre compte de ses effets négatifs, Olivier De Schutter et d'autres, dont le programme Lascaux, essaient de dire, au moins au nom d'une sorte de principe social et mondial de précaution, qu'il est préférable d'essayer autre chose. Mais comment mettre en œuvre un plan B sans toucher à l'ensemble du système ? C'est là notre difficulté. Et comment penser le droit pour infléchir le système et permettre au droit fondamental à l'alimentation de trouver sa place ?

### **Jean-Baptiste RACINE**

On peut dire que pour que le « droit à » soit préservé il faut construire un « droit de ». Il faut un droit à l'alimentation et un droit international de l'alimentation qui permette de garantir ce droit à l'alimentation.

### **François COLLART DUTILLEUL**

À ceci près que le droit à l'alimentation, c'est d'abord un droit foncier, un droit de l'eau, un droit des échanges, un droit de la transformation, un droit de la distribution, un droit des transports, un droit de la finance, qui n'a rien à voir avec l'alimentation parce que, précisément, la difficulté vient de ce que notre système ne fait pas la différence entre un aliment et une bicyclette. Ce sont les mêmes règles qui s'appliquent : le système ne fait pas la différence entre la production d'aliments, la production de carburant, la production minière... C'est cette absence de différence que Polanyi avait remarquée en disant en tout cas que la première des données pour ce qui concerne l'alimentation, c'est l'agriculture et la première donnée de l'agriculture, c'est la terre et l'eau. C'est de là qu'il faut partir : du droit foncier plutôt que du droit de l'alimentation.

### **Jean-Baptiste RACINE**

Au-delà de la distinction entre les choses dans le commerce et les choses hors commerce, il y a des choses dont le commerce est spécifique. L'aliment est assurément une chose dont le commerce est spécifique. Il convient très certainement de réfléchir à l'élaboration de règles spécifiques pour ce commerce spécifique.

### **Gonzalo SOZZO**

Les droits fondamentaux sont tous en conflit les uns contre les autres, ils sont en concurrence et il y a un consensus sur la question que cette



concurrence vient du côté de la proportionnalité qui est la manière de mettre en face deux droits fondamentaux et trouver une solution. Je trouve que le problème central, ce sont les règles avec lesquelles nous travaillons pour mener le contrôle de proportionnalité. Ce sont les règles et les valeurs qui donnent son orientation à l'exercice de proportionnalité. Toute la théorie conflictuelle sur les droits fondamentaux n'a pas préparé, n'a pas pensé, la question selon laquelle il y a une grande différence entre certains droits fondamentaux et d'autres qui à mon avis est la différence entre les droits qui ont à leur base un bien individuel et ceux qui ont à leur base un bien commun. Probablement, ce type de distinction entre biens individuels qui sont à la base de certains droits fondamentaux et biens communs qui sont à la base du droit fondamental à l'environnement ou à l'alimentation, peut être une nouvelle distinction pour reconstruire la hiérarchie, pour introduire une nouvelle règle pour résoudre les conflits entre droits fondamentaux et pour appliquer la proportionnalité. Il y a des innovations qui empruntent au droit de l'environnement pour faire ça :

- la première innovation concerne le sujet : il y a un sujet différent, les générations futures, qui est un sujet que nous pouvons également prendre en compte pour le droit à l'alimentation ;
- l'autre innovation est relative à l'objet du droit, le bien commun : changer la rationalité contractuelle pour la rationalité de l'héritage. Il y a des droits qui donnent un droit à la transmission héréditaire. Si nous transformons cela en règles de résolution des conflits entre droits fondamentaux, vient immédiatement l'idée de la préexistence des biens communs comme règle spécifique pour résoudre les conflits entre droits fondamentaux : quand il y a un droit fondamental qui porte sur un bien individuel et un autre qui porte sur un bien commun. La balance doit être faite à partir de l'idée de la préexistence des biens communs car si nous n'avons de biens communs, nous n'avons pas de biens individuels. Avant l'existence de la personne, c'est l'environnement et l'alimentation. Pour cela, il y a la possibilité de renouveler la théorie juridique des conflits entre droits fondamentaux, reconstruire la hiérarchie, pensant qu'il y a une nouvelle distinction à faire.

Un autre exercice peut nous aider à transformer la hiérarchie : l'idée d'importation/exportation des données qui ont été acquises dans une génération de droits fondamentaux. Par exemple, dans la deuxième génération (droits sociaux et économiques), un acquis fondamental est la progressivité. Le droit de l'environnement est en train d'essayer de le faire passer au niveau des droits de la troisième génération et de parler de la non-régression du droit de l'environnement pour le renforcer. Nous pouvons faire le même exercice entre les droits de la première génération (la liberté contractuelle) : faire passer des acquis des droits de deuxième et troisième générations à ceux

de la première génération pour que la théorie des contrats, par exemple, acquière un autre niveau de complexité en tenant compte du bien commun (les contrats sur l'environnement, le patrimoine culturel).

Il faut changer la manière de penser des juristes sur ce point. Il faut penser plus politiquement. Il faut penser que la hiérarchie est le produit d'une construction politique, il faut se confronter au politique, il faut passer à l'action politique : nous pouvons intervenir dans la construction de la hiérarchie. C'est pour cela que je trouve très compliquée la vision de la théorie générale du droit qui pense que la hiérarchie est toujours relative et est le produit des juges pour résoudre les conflits successivement. Cela donne un pouvoir excessif au juge qui est le seul acteur juridique qui puisse intervenir dans la construction de la hiérarchie. Il faut retrouver le pouvoir de construire des hiérarchies.

### **François COLLART DUTILLEUL**

Je suis d'accord avec ça.

Je voudrais poser une question à Fabrice Riem : les droits tels que le droit à l'alimentation sont conçus, pensés, comme des droits individuels. Ce qui caractérise les droits sociaux fondamentaux, c'est que certains sont individuels et d'autres s'inscrivent dans une perspective collective. Ce à quoi je pense, l'un des moyens de réversibilité, conduit dans le sens d'une conception plus collective et commune du droit fondamental à l'alimentation. Est-ce que, parmi les droits sociaux, on peut dire que le caractère collectif donne une force, une portée plus grande ? C'est également vrai pour le droit de l'environnement.

139

### **Gonzalo SOZZO**

Oui, le droit international public l'a déjà fait avec l'idée de patrimoine commun de l'humanité, patrimoine culturel commun de l'humanité.

### **François COLLART DUTILLEUL**

Oui, on l'a fait pour la culture. On va le faire pour l'environnement et on le fait un peu pour les droits sociaux. Mais pour les droits sociaux, il y a une jurisprudence...

### **Dominique ROSENBERG**

Le patrimoine commun, ce n'est pas vraiment un droit collectif ; la liberté syndicale est à la fois individuelle et collective mais ce n'est pas la même chose que le patrimoine commun au regard de la Cour européenne.

## Fabrice RIEM

En reconnaissant les intérêts collectifs et en permettant leur expression, « *le droit du travail rapproche les rapports entre employeurs et salariés de l'idéal des rapports entre égaux* »<sup>4</sup>. C'est peut-être la raison pour laquelle un certain déclin du droit collectif du travail est observé dans certains pays, aux États-Unis par exemple, où l'on constate un regain de vigueur du contrat de travail et des droits fondamentaux individuels<sup>5</sup>. On peut avoir le sentiment que c'est précisément parce que le droit d'action collective recèle une grande efficacité pratique, sinon un potentiel subversif d'un certain ordonnancement économique et social, que la Cour de justice européenne s'en méfie (la genèse interminable d'une action de groupe en France et en Europe témoigne d'ailleurs des craintes que les actions collectives peuvent inspirer, au-delà des seules difficultés juridiques techniques). Il est tentant d'en conclure, pour répondre à François Collart Dutilleul, que le caractère collectif d'un droit ne lui donne pas une portée plus grande puisque, du fait des effets « délétères » qu'il peut produire sur les échanges économiques, mais aussi sur d'autres droits fondamentaux, de dernier est justement étroitement surveillé. Dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le droit d'action collective s'exerce d'ailleurs « *conformément au droit communautaire* » (art. 28). Prenons l'exemple de l'affaire *Laval* que j'évoquais tout à l'heure. Les travailleurs lettons avaient été contraints, du fait de l'exercice par les syndicats suédois de leur droit fondamental à l'action collective, de quitter le chantier en raison de l'impossibilité de poursuivre les travaux. La société titulaire du marché fut finalement déclarée en faillite. La solution ne paraît satisfaisante pour personne, en tout cas pas pour l'entreprise lettone, ni pour ses salariés. Faute d'harmonisation sociale en Europe – et ce de point de vue, l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale me paraît avoir été réalisé dans la précipitation – ces problèmes me paraissent difficiles à surmonter. Le couple libertés économiques fondamentales / droits sociaux fondamentaux crée une « *atmosphère de représailles permanentes entre groupes sociaux des différents États membres* », pour reprendre l'expression de l'Avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Viking*.

Les droits individuels me paraissent moins « menaçants » pour le marché, partant mieux respectés. L'arrêt *Koelzsch*<sup>6</sup> en fournit une bonne illustration. La Cour devait se prononcer sur la loi applicable au contrat de travail d'un chauffeur routier domicilié en Allemagne et employé par une filiale luxem-

<sup>4</sup> F. GAUDU, « Des illusions des juristes aux illusions scientifiques », in A. JEAMMAUD (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 110.

<sup>5</sup> Cf. S. SIMITIS, « Un débat international », in *ibid.*, p. 145. L'auteur renvoie à l'ouvrage du fondateur de l'école de l'analyse économique du droit, R. POSNER (*Overcoming law*, 1966) et à ses critiques des conventions collectives.

<sup>6</sup> CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10.

bourgeoise d'une société de droit danois. Elle a laissé peu de place au critère du lieu d'embauche, critère qui ouvre justement la porte au *law shopping*, pour privilégier celui du lieu d'exécution habituel du travail. Certains auteurs ont salué cet arrêt comme venant « *ajouter une pierre à la construction d'un modèle social européen* »<sup>7</sup>. D'autres y ont vu la volonté de la Cour de tempérer les conséquences de ses propres arrêts *Viking* et *Laval*<sup>8</sup>. Je ne partage pas pleinement cette dernière opinion. Dans l'affaire *Koelzsch*, la Cour fait une application du principe de faveur sans doute bienvenue (pt 46 de l'arrêt), mais qui reste limitée à un rapport individuel de travail. Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'usage, par des salariés ou des syndicats, de leur droit d'action collective, les conséquences pour les entreprises sont autrement plus importantes que le sort d'un contrat de travail. Et il me semble que c'est précisément dans cette situation que le juge contient les droits des travailleurs dans des limites plus strictes. Je ne voudrais cependant pas donner le sentiment de sous-estimer la portée de l'arrêt *Koelzsch*. Celui-ci a directement inspiré la Cour de cassation qui, dans un important arrêt du 11 avril 2012<sup>9</sup>, a confirmé la compétence des juridictions françaises et l'application de la loi française aux pilotes des compagnies aériennes étrangères ayant une base en France. Cet arrêt témoigne d'une volonté de lutter, en présence de contrats de travail internationaux, contre les délocalisations fictives pratiquées par les compagnies *low cost*, ce qui donne à cette jurisprudence une portée plus grande dans la mesure où c'est la collectivité des salariés qui est susceptible d'être concernée.

### François COLLART DUTILLEUL

Encore qu'il y a une différence manifeste entre les droits des personnes morales, qui quand même sont de mieux en mieux respectés, et les droits dont nous a parlé Lisa Dumoulin dont on peut se demander s'ils sont vraiment respectés.

### Jean-Baptiste RACINE

Il y a un très bon article de P.-H. Imbert qu'il avait intitulé « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? »<sup>10</sup>. C'est tout à fait ça : les droits des pauvres sont de pauvres droits.

<sup>7</sup> Cf. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, lettre du CREDOF du 25 mars 2011.

<sup>8</sup> E. GRASS, « Routiers polonais et principe de faveur en droit communautaire : l'important arrêt *Koelzsch* », *DS*, juill.-août 2011, p. 849.

<sup>9</sup> Soc., 11 avril 2012, n° 11-17.096, *D.* 2012. p. 1068.

<sup>10</sup> P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue du Droit Public*, 1989, p. 739 et s.

## Dominique ROSENBERG

Il y a un rapport de la Commission justice de Diane Roman sur ce point qui s'appelle « Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? »<sup>11</sup> incluant le droit à l'alimentation.

## Nicolas DISSAUX

Il y a aussi un magnifique petit livre de Léon Bloy sur la pauvreté et le droit qui disait que le Code civil n'avait cure des pauvres... Je cite Léon Bloy parce que je ne voudrais pas me présenter comme un émule de Pascal Lamy, mais quand même il me semble, Fabrice, que ton opposition entre libertés économiques et droits fondamentaux est un peu manichéenne parce que certains exemples puisés dans le droit du travail notamment, une matière que je connais assez mal, mais dont je me permets d'exploiter les richesses, montrent que les deux peuvent se soutenir. Par exemple, le régime juridique de la clause de non concurrence : c'est bien au nom de la liberté d'entreprendre, liberté fondamentale plutôt connotée libérale, qu'on a fondé le droit fondamental à l'emploi qui justifie l'annulation d'une clause de non-concurrence si elle n'est pas assortie d'une contrepartie financière. On peut envisager la transposition de ce régime dans un domaine que je connais un peu mieux c'est le droit de la distribution : un franchisé qui, aux termes de son contrat de distribution, est lié par une clause de non-concurrence, en l'état actuel des choses, si cette clause est limitée dans le temps (en général un an), elle est valable et donc il perd son fond de commerce, son moyen de survie en quelques sortes, son moyen de s'alimenter. Car, en définitive, c'est cela qui se joue aussi derrière les clauses de non-concurrence. Donc, dans certains cas, il me semble qu'une liberté économique n'est pas opposée à un droit fondamental mais peut au contraire fonder l'existence d'un droit. Entre l'option purement libérale de Pascal Lamy, entre le tout noir et le tout blanc, il me semble qu'il peut y avoir au milieu, *in medio stat virtus*, un adage que j'aime beaucoup, une zone grise, des solutions intermédiaires.

## Fabrice RIEM

Je te réponds d'un mot : je suis parfaitement d'accord avec toi lorsque tu dis que les libertés économiques et les droits fondamentaux peuvent se soutenir. Je l'ai d'ailleurs dit ce matin. C'est ainsi, pour ajouter à tes exemples, que l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes a été

<sup>11</sup> « 'Droit des pauvres, pauvres droits ?' Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux », recherche dirigée par Diane ROMAN, Professeure de droit public, École des Hautes Études en Santé Publique (EHESP), pour le Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (CREDOF), Université Paris Ouest Nanterre La Défense, novembre 2010.

reconnue : d'abord pour lutter contre les distorsions de concurrence ; finalement ce principe est devenu autonome, il a été élargi à d'autres questions que la seule rémunération, pour devenir un droit de la personne en tant que tel. À l'inverse, j'ai rappelé tout à l'heure que la Cour de justice des communautés européennes avait inauguré sa jurisprudence sur les droits fondamentaux pour protéger le processus d'intégration du marché. Je me souviens du colloque de Nice sur le thème « Droit économique et droits de l'homme » où Jean-Jacques Sueur avait très bien montré, comme Mohammed Salah l'avait fait auparavant<sup>12</sup>, que les droits de l'homme, « *loin d'être un élément étranger à la règle du jeu dans l'économie de marché, en sont un des éléments constitutants et qu'ils sont aussi en substance des droits économiques* ». L'économie de marché a pu s'enraciner grâce aux droits reconnus dans les premières déclarations des droits de l'homme.

### Nicolas DISSAUX

Mais l'inverse aussi, le marché lui-même peut fonder des droits fondamentaux.

### Fabrice RIEM

Oui. J'évoquais aussi le cas des travailleurs lettons qui, eux, peuvent accéder à l'emploi – qui est aussi un droit fondamental – par le truchement des libertés économiques de leurs employeurs. C'est ce à quoi tu penses ?

### Nicolas DISSAUX

Oui. Tout à l'heure, tu disais qu'on ne peut pas laisser le social au marché. Mais je ne pense pas qu'on puisse dire non plus que le marché ne puisse jamais fonder le social.

### Jean-Baptiste RACINE

Cela veut dire que le marché est, à certains égards, « libérateur ».

### Nicolas DISSAUX

Dans certains cas, il faut prendre des exemples concrets parce qu'on tombe vite dans une vision eschatologique avec des grands mots. Le

<sup>12</sup> J.-J. SUEUR, « Droit constitutionnel économique et droits de l'homme », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'Homme*, Larcier, 2009, p. 106 ; M. SALAH, « L'économie de marché et les droits de l'homme », *RIDE*, 1996, p. 159.

droit fondamental à l'alimentation, concrètement, comment ça marche ? Comment peut-on trouver des instruments techniques pour pourvoir à l'alimentation des personnes concrètement ? J'ai du mal à raisonner avec des principes généraux, donc j'aime prendre des exemples précis et lorsqu'on prend des exemples précis on arrive à une vision qui est moins clivée.

### François COLLART DUTILLEUL

À ceci près que le droit à l'alimentation manque d'effectivité.

### Nicolas DISSAUX

Cela ne marche pas parce qu'on ne voit que ce qui ne marche pas !

### François COLLART DUTILLEUL

Oui il y a des choses qui marchent, mais pour les personnes qui ont les moyens de les faire marcher. Mais dans le même temps où on construit le droit fondamental à l'alimentation, on est passé de 400 millions de personnes en difficulté d'alimentation à 900 millions. On ne peut pas dire que ça marche.

### Fabrice RIEM

J'ajoute un mot pour répondre à Nicolas Dissaux. Tu dois connaître l'article de Véronique Champeil-Desplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux »<sup>13</sup>. La promotion des libertés économiques s'est accompagnée de ce que l'auteur décrit comme « *un décentrage de la problématique libérale traditionnelle qui met en avant le marché comme vecteur de liberté contre l'État vers celle du marché comme force privative de liberté des individus* ». Donc, certes, le marché peut fonder des droits fondamentaux – c'est ce que tu dis – et être à certains égards « libérateur », comme vient de le rappeler Jean-Baptiste Racine. Mais n'oublions pas non plus que le « marché » peut aussi opprimer. Comme l'affirmait Jean Rivéro, « *celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination de puissances privées ne ferait que changer de servitude* »<sup>14</sup>.

Par ailleurs, s'agissant de savoir si l'on peut abandonner le social au marché : bien entendu, c'est le sens même de la notion « d'économie sociale de marché ». Mais ce ne sont que des théories ou des discours. Passent-ils

<sup>13</sup> *Revue de droit du travail*, n° 1, 2007, p. 19.

<sup>14</sup> *Liber Amicorum R. Cassin*, t. 3, p. 322, cité par J.-B. RACINE, « Droit économique et droits de l'homme : Introduction générale », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIÄINEN (dir.), *op. cit.* (n. 12), p. 10.

dans la réalité ? Produisent-ils les effets qu'on en attend ? Tu as raison, il faut prendre des exemples concrets : pour la Cour européenne des droits de l'homme, « *la nécessité de ne pas abandonner entièrement aux forces du marché la satisfaction d'un besoin aussi primordial que le logement justifie le caractère absolu de lois qui peuvent aller au-delà de la simple fixation des bases régissant les relations contractuelles entre propriétaires et locataires* »<sup>15</sup>.

### Miguel-Angel MARTIN LOPEZ

Je voudrais dire un mot sur le droit international. Il est vrai que le droit international est un droit un peu primitif, pas aussi élaboré que le droit national. Mais il y a en ce moment un élargissement du droit international, beaucoup de nouvelles branches. Il y a une grande création normative. Il est intéressant de voir le travail de la Commission de droit international sur la formation du droit international. Il y a plusieurs choses qui font débat et notamment la question de la hiérarchie des normes : on commence à voir qu'il y a des normes d'une catégorie supérieure : les normes de *jus cogens*. Les différentes branches du droit international doivent reconnaître qu'il y a le droit de l'environnement, les droits de l'homme, beaucoup de droits et qu'il peut y avoir conflit entre ces normes. Il faut trouver une solution pour ces conflits, ce n'est pas un conflit de normes comme en droit national. Ici, il va y avoir conflit entre plusieurs normes d'égale valeur. Comment régler ces questions ? Le Tribunal constitutionnel en Espagne regarde le cas concret et applique le principe de proportionnalité pour faire une pondération entre les deux normes d'égale valeur. En droit international, les droits de l'homme peuvent entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux des États (non ingérence dans les affaires intérieures, protection de la souveraineté de l'État...). La Convention européenne des droits de l'homme a dit qu'elle allait étudier les États dépendants de l'importation d'aliments, voir cette situation contraire au droit fondamental à l'alimentation.

### Horatia MUIR WATT

Il y a aujourd'hui une « Charte européenne des *bene commune* », il ne s'agit pas d'une initiative des institutions européennes, cela vient d'une initiative académique privée : Hugo Matei essaie de créer une nouvelle épistémologie pour casser la division binaire droits individuels/ droits collectifs, droits/ non droits, etc. Dans la Charte, il y a cette idée qu'il y a un cœur commun de biens communs comme l'eau, l'alimentation, la liberté qui ne

<sup>15</sup> CEDH, 21 déc. 2010, n° 41696/07, *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c/ Portugal* ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », *RDC*, 3/2011, p. 949.



sont pas appropriables et qui, lorsqu'il faut produire une chaîne d'alimentation, appellent un régime spécifique. Il s'agit d'une initiative très politique, très rejetée évidemment par les juristes mais c'est juridique.

### **Gonzalo SOZZO**

Dans le domaine de la sociologie du droit, la construction de Boaventura de Sousa Santos est formidable sur la globalisation du droit, ainsi que le travail de José Manuel Pureza dont la thèse de doctorat est en rapport avec le texte de Santos. Santos a travaillé avec Pureza et ils ont construit une théorie forte, politiquement très puissante, qui va dans cette direction.

### **Dominique ROSENBERG**

Je suis tout à fait d'accord avec ce qui vient d'être dit, la conquête d'un droit, l'application d'un droit, l'effectivité d'un droit, c'est un processus dynamique. C'est un processus qui ne peut pas être mené seulement depuis le haut par des juristes, quel que soit leur statut, De Schutter ou d'autres, pour conduire ce droit à l'alimentation dans le champ de l'effectivité. Si l'on se réfère à tous les autres droits qui sont en haut de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire les règles de droit impératif général, on s'aperçoit que c'est la convergence de plusieurs facteurs qui détermine les règles de droit impératif général. Il a été pris un exemple : la France est contre le droit impératif général, elle n'a signé ni ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités à cause de ces normes qui empièteraient sur sa souveraineté. Mais en même temps, la France fait référence de plus en plus fréquemment, dans sa pratique diplomatique, à la responsabilité internationale de protéger qui relève bien sans conteste du droit impératif général, c'est-à-dire qu'on recourt au droit impératif général sans le dire.

De plus, lorsque la France dit qu'il faut intégrer systématiquement des clauses environnementales ou des clauses sociales dans tous les traités de commerce ou d'investissement, là encore il y a un consensus occidental qui en train de se créer au sein de l'OMC, au sein de l'OIT et au sein de l'Union européenne, dans ce cas c'est bien une référence à des normes supérieures. Donc on voit bien que c'est un processus juridique et politique de convergence de plusieurs facteurs, pas seulement les États, pas seulement la doctrine juridique mais aussi ceux qui revendiquent le droit à l'alimentation, qui peut porter cette reconnaissance : les individus, notamment par des revendications d'ordre collectif, les ONG, la société civile, les organisations internationales agissant dans le champ de l'alimentation (FAO, PAM, etc.) doivent en être parties prenantes.

**Jean-Baptiste RACINE**

Pour aller dans ce sens-là, les juristes ne doivent pas se contenter d'accompagner le mouvement, mais doivent au contraire être des acteurs et proposer des solutions. Notamment en France, on a une tradition de juristes qui se veulent inscrits dans la neutralité. Au contraire, je pense qu'on est tous d'accord dans cette salle aujourd'hui pour dire que les juristes doivent aussi prendre position.

**Valérie PIRONON**

Juste une remarque, sur la question de savoir si le marché peut fonder le social et sur l'échange qu'il y a eu entre Nicolas Dissaux et Fabrice Riem. Je suis d'accord pour dire que le régime de la clause de non-concurrence illustre l'hypothèse dans laquelle c'est le marché qui fonde une liberté. Mais c'est pour faire prévaloir des droits individuels et non pas des droits collectifs. De plus on retombe de plus belle dans le paradoxe déjà évoqué : alors que dans la hiérarchie, ce sont les droits collectifs qui devraient être propulsés en haut de la pyramide, le marché va les contenir en bas. C'est la raison pour laquelle la réponse par le marché est insuffisante ; parce que le marché produit des droits fondamentaux individuels mais se méfie des droits fondamentaux collectifs.

147

**Jean-Baptiste RACINE**

Je pense qu'il y a aussi beaucoup d'instruments qui existent dans le droit positif et qui pourraient être plus utilisés notamment avec une plus grande audace. Une plus grande audace, une plus grande inventivité, une plus grande volonté de faire progresser le droit sont nécessaires. Croire au progrès du droit est aussi une tâche qui incombe aux juristes, spécialement aux juges qui sont en charge des affaires.

**François COLLART DUTILLEUL**

Je voudrais dire aussi un mot aux étudiants : il ne faut pas avoir l'impression que, pour que les choses évoluent, il faille seulement une approche politique, une approche macro-juridique, sur le droit des traités, les positions politiques des continents, etc. Il y a cet aspect, mais il y a un autre aspect, qu'on oublie trop, c'est que dans les textes existants, dans le droit existant, ceux qui rédigent les textes, qui sont le plus souvent en position de puissance (souvent les États-Unis), prennent toujours le soin de laisser traîner ici et là des voies différentes, des possibilités de faire valoir des intérêts différents. Il y a dans les textes existants des possibilités d'appuis juridiques qui

ne sont pas utilisées et dont il faut faire l'analyse, qu'il faut rendre publiques. Il faut mettre sur la table, pour le donner à ceux qui ont ensuite à porter les contentieux à l'OMC ou ailleurs, un argumentaire juridique. Il y a donc cette dimension politique, incontestablement, mais il y a aussi un travail d'inventivité par rapport au droit existant qu'on ne doit pas lire de façon conformiste comme nous pousse à le faire le catéchisme officiel ou le solfège ou la grammaire du droit. Ce repérage des petits leviers utilisables dans le droit existant peut nous permettre de faire avancer les choses très utilement sans avoir à faire la révolution.

### Jean-Baptiste RACINE

C'est pour ça que le droit est intéressant : il n'est ni complètement politique, ni complètement technique. Il est à la lisière de la politique et de la technique.

### Léa DUMONT

M. Racine, vous avez dit que les libertés économiques étaient des droits fondamentaux comme les autres, et vous distinguez entre droits fondamentaux marchands et non marchands, M. Dissaux, vous parlez de la même manière du fait que les marchés peuvent fonder un droit fondamental. Est-ce que finalement on ne part pas toujours du marché, pour ensuite établir des distinctions entre le marchand et le non-marchand, l'économique et le non-économique ? En d'autres termes, la démarche ne revient-elle pas à supposer ou à présupposer une hiérarchisation en raisonnant systématiquement par rapport à l'économique et non par rapport à l'humanisme ou autre ?

### Jean-Baptiste RACINE

Oui, mais pour reprendre ce que dit Gérard Farjat, aujourd'hui c'est l'économique qui est dominant. Nos sociétés sont des sociétés économiques. La question se pose donc essentiellement en lien avec l'économie. C'est donc nécessairement par rapport à elle qu'on doit hiérarchiser les valeurs.

### Léa DUMONT

Mais du coup, il y a peut être un risque que systématiquement l'économique prime, ça risque de biaiser le travail de hiérarchisation.

### **Jean-Baptiste RACINE**

Après la Seconde Guerre mondiale, le projet collectif, en tout cas le projet des États-Unis, était de construire le bonheur des hommes par le moyen du marché et de la société de consommation. C'est le grand projet politique de l'après-guerre : faire le bonheur de la planète par le marché (outre d'autres projets concurrents...). Je ne dis pas que c'est bien, mais c'est le projet politique des soixante-dix dernières années. On ne peut donc pas évacuer la dimension économique. C'est le référent naturel et principal.



DEUXIÈME PARTIE

---

LES DROITS FONDAMENTAUX,  
ENTRE ORDRE  
ET DÉSORDRE(S) PUBLICS



# La guerre des farines

Alain BERNARD

---

*Nous avons considéré qu'il nous fallait absolument ruiner les paysans et détruire une économie fondée sur des traditions très anciennes pour gagner quelques centimes sur une miche de pain.*

153

John Maynard KEYNES, 1933

Le 8 juin 2011 des agriculteurs belfortains, en période de sécheresse et alors que la pénurie menace, bloquent à la douane avec la Suisse des tracteurs chargés de foin pour empêcher l'exportation de la précieuse marchandise. *L'Est républicain*, qui rapporte le fait d'arme, constate que, depuis plusieurs années, les agriculteurs helvètes frontaliers se fournissent en foin et paille dans le territoire. Mais, en 2011, la sécheresse s'installe et met en danger la survie du bétail. Ainsi, explique un paysan mutiné, « *cela ne nous pose aucun problème, sauf une année comme celle-ci. Nos collègues français ont besoin de fourrage, on ne va quand même pas le laisser partir à l'étranger* ». Les culs-terreux ne comprennent décidément rien aux délices du marché mondialisé. À la première occasion ils reviennent aux pratiques ancestrales : produire et consommer localement. Drôle d'idée, serinent depuis des siècles les autorités politiques et les économistes convertis à la religion du marché. Depuis Anne Robert Jacques Turgot au moins.

Le 11 mai 1775, à 3 heures de l'après-midi, Jean-Denis Desportes, perruquier de 28 ans, et Jean-Claude L'Esguiller, compagnon gazier de 16 ans, sont pendus en place de Grève pour avoir participé aux manifestations



hostiles à l'édit de Turgot du 17 septembre 1774, plus précisément, à « *l'arrêt du Conseil établissant la liberté du commerce des grains et des farines à l'intérieur du royaume et la liberté de l'importation* ». On ne plaisante pas, déjà à l'époque, avec la liberté du commerce et une politique d'État, la politique de la concurrence qui tente, contre le vœu de la population, de mettre en pratique l'idée admirable de l'allocation des ressources par le marché. La guerre des farines fait des morts d'État.

Le 23 avril 1793, Maximilien de Robespierre, devant la Convention et au cours des débats qui aboutiront à la Constitution de l'an I, constate qu'il ne fallait pas une révolution « *pour apprendre à l'univers que l'extrême disproportion des fortunes est la source de bien des maux et de bien des crimes, mais nous n'en sommes pas moins convaincus que l'égalité des biens est une chimère [...] Il s'agit bien plus de rendre la pauvreté honorable que de proscrire l'opulence* ». Il fulmine : « *en définissant la liberté, le premier des biens de l'homme, le plus sacré des droits qu'il tient de la nature, vous avez dit avec raison qu'elle avait pour borne les droits d'autrui, pourquoi n'avez-vous pas appliqué ce principe à la propriété, qui est une institution sociale ; comme si les lois éternelles de la nature étaient moins inviolables que les conventions des hommes ? Vous avez multiplié les articles pour assurer la plus grande liberté à l'exercice de la propriété, et vous n'avez pas dit un seul mot pour en déterminer le caractère légitime ; de manière que votre Déclaration paraît faite, non pour les hommes, mais pour les riches, pour les accapareurs, pour les agioteurs et pour les tyrans* ». Il propose d'amender le projet par un article affirmant que le droit de propriété « *ne peut préjudicier ni à la sûreté, ni à la liberté, ni à l'existence, ni à la propriété de nos semblables* ». Ni les Conventionnels ni les rédacteurs d'aucune des Déclarations qui se sont succédées ne consacreront ni le « *droit à l'existence* » de l'être humain ni le droit à l'alimentation qui devrait en constituer le corolaire.

En 2012, François Collart Dutilleul observe que, à confronter droit et alimentation à propos de la faim dans le monde, les droits fondamentaux – qui « *font bien souvent office d'ultimes remparts* » pour les plus vulnérables – « *ces droits élémentaires, qui ont leur place au sommet de la hiérarchie, montrent beaucoup de faiblesses juridiquement et il n'est pas certain, dès lors, qu'ils puissent constituer un remède adapté à l'objectif de sécurité alimentaire* ». Il déplore qu'entre « *le droit de l'alimentation pour ceux dont l'assiette est pleine et le droit à l'alimentation pour ceux dont l'assiette est vide, il y a des risques de confusion ou de télescopage* »<sup>1</sup>. Rien n'a donc changé depuis Robespierre ? Où sont donc les progrès de la civilisation ?

Cet aller-retour dans le passé montre que l'homme reste un animal qui vit dans un milieu. L'occupation de cet espace conférerait des prérogatives que toutes les consécration, même les plus solennelles, du droit de propriété

<sup>1</sup> Préface du présent ouvrage.

privée individuelle ne parviennent pas à éradiquer. En cas de disette, l'instinct refait surface. Observons par parenthèse que cette forme d'archaïsme pourrait, paradoxalement, représenter l'avenir. Produire et consommer localement semble une politique raisonnable alors que l'humanité explore en vain, depuis des siècles maintenant, la voie inverse du marché mondial. Voie qui conduit à la famine chronique d'une grande partie de l'humanité et qui dévaste inexorablement la planète. Comment une telle mécanique infernale a-t-elle pu s'enclencher ?

L'hypothèse assez courante, non seulement chez les défenseurs patentés de l'environnement mais aussi chez une partie des intellectuels, serait que la théorie économique libérale ou néolibérale et les politiques publiques que ces théories auraient inspirées, notamment celle du marché, portent une grande part de responsabilité dans la survenue du désastre. Dans une analyse plus teintée de marxisme, on dira que les intérêts économiques, l'infrastructure, auraient déterminé des institutions politiques et juridiques dévastatrices du milieu. En période de crise et alors que les très riches se gobergent indécentement, l'hypothèse est tentante. Elle présente, en plus de l'avantage de désigner des boucs émissaires ce qui console toujours un peu, celui de dédouaner le droit et les juristes d'une partie de leurs responsabilités. Avec l'arme des droits de l'homme, nous avons bien tenté de modérer les appétits les plus féroces, d'infléchir les politiques de concurrence et de marché, mais ces déments – les orthodoxes libéraux en premier lieu – n'ont pas écouté la sagesse ancestrale du droit. L'économie se serait « *désencastrée* »<sup>2</sup> du social, du politique et du droit pour asservir les esprits et la planète entière.

A l'opposé, les thuriféraires du marché et de la libre concurrence comme principe d'allocation des ressources, imaginent l'histoire humaine comme un mouvement inexorable de montée progressive vers la lumière du paradis libéral. La voie serait tracée, une fois pour toutes : TINA, *there is no alternative*, même pour la science économique. Cette prédestination s'inscrirait, depuis la création, dans la nature et l'humanité serait guidée vers ce but

<sup>2</sup> On aura reconnu l'expression de K. POLANYI, *La grande transformation*, Gallimard, 1984. Il faut manier la notion avec précaution. Il est clair que, pour Polanyi, le marché autorégulateur est une utopie. Toute forme de marché passe par des supports institutionnels déterminés, des règles et même des principes moraux. Dans ce sens, toute économie est toujours encadrée. Ce que vise spécifiquement Polanyi c'est le moment où la société est gérée comme auxiliaire du marché, les relations sociales étant encadrées dans le système économique. Le basculement se produit, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque la terre et le travail se transforment en marchandise et que la survie même de l'homme dépend d'une économie gouvernée par les prix seuls. La mécanique qui s'enclenche est tellement infernale, que la société prend des mesures pour se protéger, elle se « réencastre », mais d'une autre façon. Sur ce point, cf. R. LE Velly, « Le problème du désencastrement », in *Avec Karl Polanyi, contre la société du tout marchand*, *Revue du MAUSS*, n° 29, premier trimestre 2007, p. 181 et s. ; ou S. PLOCINICZAK et K. POLANYI, « Les marchés et l'*embeddedness*. La Grande transformation en question », in R. SOBEL (dir.), *Penser la marchandisation de monde avec Karl Polanyi*, L'Harmattan, 2008, p. 63 et s.

par une main invisible, la main de Dieu lui-même. Si les gouvernements trouvent dans cette rhétorique une ressource précieuse de légitimation de leur action, les économistes ne sont pas en reste sur la voie de la construction des évidences (discutables). À consacrer progressivement l'économie comme science distincte de la science du gouvernement, l'histoire des idées économiques pratiquée par les économistes a tendance à présenter le savoir accumulé comme la constitution d'une vérité scientifique définitive, le dévoilement des vérités cachées conquises de haute lutte par les héros de la pensée, les ombres enfin dissipées sur les parois de la caverne<sup>3</sup>.

Pourquoi pas ? Mais si l'histoire consiste à écrire un « roman vraisemblable »<sup>4</sup>, ces romans-là manquent un peu de finesse. La thèse du précurseur prophétique se réfère à une idée préconçue de ce qu'est l'économie ou la politique, en oubliant totalement la dimension historique de « vérités » qui ne sont jamais que relatives à une époque et à une société données. Heureusement, l'historiographie moderne – celle de Jean-Claude Perrot<sup>5</sup> pour l'économie ou celle de Roger Chartier<sup>6</sup> ou de Quentin Skinner<sup>7</sup> pour les idées politiques – ne cherche plus à distinguer le vrai du faux, à délivrer, deux siècles plus tard, de bons points ou de mauvaises notes. Elle tente de situer les constructions intellectuelles dans des contextes politiques ou biographiques (l'économie politique du savant n'est pas l'économie politique du ministre, chez Turgot par exemple<sup>8</sup>), dans des champs de luttes intellectuelles et sociales, l'espace des salons parisiens, par exemple.

- 3 Comme exemple magistral, J. A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, Gallimard, 1983 (1954 pour la première édition en anglais). Cf. également, E. FAURE, *La disgrâce de Turgot*, Gallimard, 1961 ou, pour la période plus récente, J.-Cl. PEYRONNET, « Le libéralisme à l'épreuve », in Chr. BORDES et J. MORANGE, *Turgot, économiste et administrateur*, PUF, 1983, qui affirme, d'un côté, que Turgot « condamne toute intervention de l'État » mais qui, d'un autre côté, met en œuvre une politique publique ambitieuse lorsqu'il doit faire face à une famine, alors « Turgot oublie la doctrine ». La « doctrine » est celle de J.-Cl. PEYRONNET, pas celle de Turgot. La reconstruction de l'histoire de la pensée relève souvent de la falsification. Les auteurs classiques de l'économie, français comme anglais, n'ont jamais adhéré à l'absurde principe de non-intervention de l'État. Cf. Fr. VERGARA, « Intervention et laisser-faire chez Turgot (Le rôle de l'État selon le droit naturel) », *Cahiers d'économie politique*, n° 54, 2008, p. 149, qui cite MALTHUS ou John Stuart MILLS.
- 4 Selon l'expression de P. VEYNE dans son ouvrage, *Comment on écrit l'histoire*, Seuil, 1971, p. 10 : « Les historiens racontent des événements vrais qui ont l'homme pour acteur ; l'histoire est un roman vrai ».
- 5 *Une histoire intellectuelle de l'économie politique, (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992.
- 6 *Les origines culturelles de la Révolution française*, Seuil, 1990 et 2000 pour l'édition de poche. Cf. également « L'école de Cambridge », R. DARNTON, *Gens de lettres, Gens de livres*, Odile Jacob, 1992 pour l'édition française.
- 7 *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, 2001. Pour une synthèse récente de ces deux courants, du plus grand intérêt, J.-Y. GRENIER, *Histoire de la pensée économique et politique de la France d'Ancien Régime*, Hachette, 2007.
- 8 F. RIEM en donne un excellent exemple, dans le présent ouvrage, avec un Professeur de droit devenu magistrat : les positions sociales contribuent à expliquer les prises de positions intellectuelles.

La question des farines, celle du rôle de l'État dans l'approvisionnement, fournit un observatoire privilégié de l'origine des doctrines économiques. Avec la écélle des toiles peintes ou celle de la noblesse commerçante, c'est un sujet largement débattu au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, et pas seulement entre « économistes », la spécialité n'existe d'ailleurs pas encore, mais dans tous les cercles où l'on dispute des questions de gouvernement. Voltaire, à l'article *Blés ou bleds* du *Dictionnaire philosophique* donne de ces débats une description savoureuse : « vers l'an 1750, la nation, rassasiée de vers, de tragédies, de comédies, d'opéras, de romans, d'histoires romanesques, de réflexions morales plus romanesques encore, et de disputes théologiques sur la grâce et sur les convulsions, se mit enfin à raisonner sur les blés. On oublia même les vignes pour ne parler que de froment et de seigle. On écrivit des choses utiles sur l'agriculture : tout le monde les lut, excepté les laboureurs. On supposa, au sortir de l'Opéra-Comique, que la France avait prodigieusement de blé à vendre. Enfin le cri de la nation obtint du gouvernement, en 1764, la liberté de l'exportation. Aussitôt on exporta. Il arriva précisément ce qu'on avait éprouvé du temps de Henri IV ; on vendit un peu trop ; une année stérile survint. Alors quelques plaignants passèrent d'une extrémité à l'autre. Ils éclatèrent contre l'exportation qu'ils avaient demandée : ce qui fait voir combien il est difficile de contenter tout le monde et son père ».

On ne discute plus aujourd'hui des questions économiques avec tant d'esprit. Il faut dire que l'économie serait devenue une science, et d'autant plus ennuyeuse qu'elle serait moins scientifique dirait un mauvais garnement. Plus même, elle a imposé dans le discours le plus quotidien, les représentations et les pratiques, des concepts – comme marché, concurrence, valeur, utilité, intérêt ou équilibre – devenus des évidences du sens commun. Chacun imagine tout le monde social dans les catégories de cette discipline, sans même s'en rendre compte et parfois même à son corps défendant. Plus le temps passe et plus la croyance économique devient une science véritable puisqu'elle finit par commander les conduites et s'inscrire dans les faits. Le marché parfait des économistes n'existe toujours pas dans les faits, il n'empêche que cette théorie produit des effets bien réels.

Or s'il s'agit de réformer le monde dans lequel nous vivons, monde qui condamne une grande proportion de la population à mourir de faim et la planète à crever de surexploitation<sup>9</sup>, alors il le faudrait commencer par réformer les mots et les idées avec lesquels nous le disons et nous le pensons.

<sup>9</sup> Sur la question de la mesure du stock des affamés humains, cf. par exemple, S. BRUNEL, *Nourrir le monde, vaincre la faim*, Larousse, 2009 ; ou J.-P. CHARVET, *Atlas de l'agriculture. Comment nourrir le monde en 2050 ?*, Autrement, 2012. Selon un rapport de la FAO d'octobre 2012 sur l'état de l'insécurité dans le monde, le pourcentage de personnes sous-alimentées aurait tendance à baisser et s'établirait à 12 % de la population mondiale, contre 19 % au début des années 1990. Selon un autre rapport de la FAO de 2011 sur la perte des aliments, ce serait le tiers des aliments produits dans le monde qui se perd dans la dilapidation ou le gaspillage. La question n'est donc pas celle de la production mais celle de la distribution. Les rapports cités sont disponibles sur le site de la FAO.

La recherche généalogique fournit un instrument indispensable dans cette voie<sup>10</sup>.

Le XVIII<sup>e</sup> siècle est la période charnière à laquelle non seulement l'économie se « désencastre » du social, mais aussi le moment où la pensée économique se désencastre de la philosophie générale, de la pensée politique, et réussit à se présenter comme science neutre, objective, apolitique donc. Autrement dit, une pensée d'État impose l'oubli de ses origines et la fiction de sa neutralité. Car, il faut le dire après beaucoup d'autres<sup>11</sup>, le modèle de marché de concurrence pure et parfaite, d'équilibre par les prix, est d'abord une pensée d'État, la matrice de politiques publiques. Elle surgit au cœur, ou plutôt à la tête, de l'État au sein des élites politiques et administratives du temps, en charge des tensions et des transformations de l'État monarchique.

Mais elle se nourrit aussi des espaces de liberté progressivement conquis par une pensée en voie d'autonomisation, délivrée des tutelles religieuses ou politiques, et qui s'épanouit dans les salons, les sociétés savantes et chez les libraires<sup>12</sup>. Dès les origines, la pensée sur l'économie apparaît donc comme un produit hybride. Elle baigne déjà dans le paradoxe. Arnault Skornicki écrit : « *le paradoxe est que l'autonomisation de la science économique fut en même temps la revendication d'un monopole sur la pensée politique : l'économie s'affirme comme la science politique par excellence, car la science de la production et de la circulation est celle des solutions aux problèmes politiques* »<sup>13</sup>.

Le libéralisme, à ses origines, ne peut pas être vu comme une doctrine cohérente fondée sur le rejet de l'intervention de l'État. Loin d'être une idéologie, il s'agit, au moins au départ, d'une technique du pouvoir. Cette pensée

**10** La littérature est maintenant abondante. A. SKORNICKI, *L'économiste, la cour et la patrie*, CNRS Éditions, 2011, fournit une bibliographie récente et complète. Pour ma part, et outre cet excellent ouvrage, j'utilise couramment ici : M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Gallimard - Seuil, 2004 ; et *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France (1978-1979)*, Gallimard - Seuil, 2004 ; S. MEYSSONNIER, *La balance et l'horloge. La genèse de la pensée libérale en France*, Éditions de la Passion, 1989 ; Fr. FOURQUET, *Richesse et puissance. Une généalogie de la valeur (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)*, La Découverte, 1989 ; Chr. LAVAL, *L'homme économique, Essai sur les racines du néolibéralisme*, Gallimard, 2007 ; Ph. MINARD, *La Fortune du colbertisme. État et Industrie dans la France des Lumières*, Fayard, 1998 ; L. CHARLES, Fr. LEFEBVRE et Chr. THÉRÉ, *Le cercle de Vincent de Gournay. Savoirs économiques et pratiques administratives en France au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle*, INED, 2011, avec une très riche biographie ; outre J.-Cl. PERROT (*op. cit.* [n. 5]) et J.-Y. GRENIER (*op. cit.* [n. 7]).

**11** Cf. K. POLANYI, *op. cit.* (n. 2), notamment É. BRIAN, *La Mesure de l'État. Administrateurs et géomètres au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Albin Michel, 1994, et les références à la note précédente.

**12** Alors que la vulgate économique, celle des juristes notamment, fait commencer la « vraie » science économique avec Adam SMITH ou, au mieux, avec les physiocrates, J.-Cl. PERROT compte entre le XVI<sup>e</sup> siècle et la Révolution près de 4 000 livres d'économie politique qui auront été publiés (*op. cit.* [n. 5], p. 9). L'histoire des idées économiques se contente, bien souvent, de faire l'histoire des vainqueurs, des vainqueurs selon les critères d'aujourd'hui.

**13** A. SKORNICKI, *op. cit.* (n. 10), p. 17, souligné par l'auteur.

en voie d'organisation ne se contente pas de la simple observation des faits, de l'analyse de ce qui se passe, mais projette aussi la programmation de ce qui devrait se passer. Cette mutation des technologies de la domination d'État, que Michel Foucault appelle les « *dispositifs de sécurité* », vise à mettre en place une large délégation du pouvoir, à transformer un rapport d'obéissance en un simple rapport de contrôle, de réglage, d'un mécanisme qui fonctionne presque seul<sup>14</sup>. Les discours de Turgot sur le commerce du blé montrent bien que le pouvoir politique fait le constat de son impuissance à assurer, par la voie traditionnelle, administrée, la distribution des subsistances. Il envisage le recours au marché comme une délégation à une instance plus efficace et pour réduire les dépenses pour l'État. Ce grand serviteur de l'intérêt général souhaite non seulement réduire les coûts économiques mais surtout politiques pour la monarchie : à échouer de façon récurrente, elle s'épuise et dilapide son crédit.

Il ne s'agit pas pour lui de promouvoir une politique favorable à des commerçants, dont il serait un représentant de classe, et sur lesquels, comme toute la haute administration de l'époque<sup>15</sup>, il ne se fait pas beaucoup d'illusions. Par exemple, Turgot écrit : « *Ce n'est point l'avarice des saisons qui rend le blé cher, c'est l'avidité des marchands et l'insatiable cupidité de quelques riches qui, pourvu qu'ils regorgent de biens, verraient bien périr un nombre infini de Lazare sans être touchés de la tristesse de leur état* »<sup>16</sup>. Turgot, le ministre, veut combattre l'avidité par la cupidité en imposant la concurrence par une véritable politique publique. Autrement dit, et pour reprendre Philippe Minard, les difficultés pratiques quotidiennes des administrateurs éclairés expliquent bien des idées réformatrices : « *L'histoire intellectuelle des Lumières passe donc par une histoire concrète des idées, montrant comment la nouveauté naît de la confrontation permanente entre les systèmes de représentation, de vision du monde, qui orientent l'action des hommes, et les questions pratiques qu'ils ont à résoudre : pas d'histoire culturelle, ou des mentalités, hors de cet horizon des pratiques sociales* »<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> M. FOUCAULT, *op. cit.* (n. 10), spéc. p. 31 et s.

<sup>15</sup> Les agents de l'État font très souvent, à l'époque, ce constat désabusé : les commerçants abandonnent l'activité économique une fois fortune faite. L'éthique dominante du rentier et l'attrait pour les offices détourne très vite les plus habiles du commerce et de l'industrie, à la différence de ce qui se passe en Angleterre. Voir, par exemple, Ph. MINARD, *op. cit.* (n. 10), p. 192. Sur les classes sociales en France à la période moderne, cf. G. HUPPERT, *Bourgeois et gentilhommes. De la réussite sociale en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Flammarion, 1983 (la première édition en anglais date de 1977), qui remet en cause l'idée de stratification sociale et démontre une certaine porosité entre les deux classes ; dans le même sens, F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, t. 2, *Les jeux de l'échange*, Armand Colin, 1979, p. 577 et s. sur la noblesse de robe.

<sup>16</sup> Lettre à Baussais de Bignon, citée par J. RUEFF, Préface à E. FAURE, *op. cit.* (n. 3), p. XI.

<sup>17</sup> Ph. MINARD, *op. cit.* (n. 10), p. 12.

Dans une seconde phase, le savoir se cristallise, il développe un catalogue de questions canoniques, éloigne le profane du spécialiste et il prétend au statut de science. Pour l'économie en France, la mutation opère avec la physiocratie<sup>18</sup>. Si la consécration, par la création d'un enseignement universitaire, intervient tardivement, à la différence d'autres pays<sup>19</sup>, les physiocrates sont les premiers à parler de « *sciences économiques* » et ils affirment qu'il s'agit d'une science mathématique au même titre que la physique de Newton. La « *secte* » proclame de façon catégorique l'existence de lois économiques naturelles et universelles<sup>20</sup>. Elle prépare la voie, même à son corps défendant<sup>21</sup>, à Jean-Baptiste Say qui achève l'évolution et affirme l'indépendance de l'économie politique : « *On a longtemps confondu la Politique proprement dite, la science de l'organisation des sociétés, avec l'Économie politique, qui enseigne comment se forment, se distribuent et se consomment les richesses qui satisfont aux besoins des sociétés. Cependant les richesses sont essentiellement indépendantes de l'organisation politique* »<sup>22</sup>.

En allégeant son intervention, l'État veut la rendre plus efficace. Il espère étendre son emprise sur la société. Moins profond, mais plus vaste, le projet consiste à parachever le monopole étatique et notamment fiscal. Il permettrait la réforme du pays en s'appuyant sur un mouvement de fond qui traverse la société depuis le siècle précédent : le recul des valeurs

**18** Sur la fondation de la « cité savante » et le rôle des physiocrates, cf. J.-Cl. PERROT, *op. cit.* (n. 5), p. 77 et s.

**19** Les premières chaires d'« Économie, police et sciences camérales » sont instituées par Frédéric Guillaume I<sup>er</sup> de Prusse en 1727. L'expression désigne un enseignement hétérogène et mal défini. Les premières chaires d'économie, à proprement parler, sont créées en Italie, la première à Naples en 1754 pour A. GENOVESI et à Milan en 1769 par C. BECCARIA. Cf. Ph. AUDEGEAN, « Leçons de choses. L'invention du savoir économique par ses premiers professeurs : Antonio Genovesi et Cesare Beccaria », *Astérian* [en ligne], 5, 2007 ou « Des leçons sur le sucre et sur le cacao : Antonio Genovesi, le premier professeur d'économie », in M. XIFARAS (dir.), *Généalogie des savoirs juridiques contemporains. Le carrefour des Lumières*, Bruylant, 1997, p. 43 et s.

En France, la consécration universitaire est beaucoup plus tardive. Une chaire intitulée « Cours d'économie industrielle » est créée en 1819 au Conservatoire des arts et métiers pour Jean-Baptiste SAY. En 1830, il est nommé au Collège de France où il occupe la première chaire d'économie politique. C'est la faculté de droit de Paris qui ouvre ses portes, la première, à cette discipline en 1864. Cf. D. CLERC, « L'enseignement de l'économie en France », *Nouvelles Fondations*, 2006/2 n° 2, p. 76 et s. Enfin, à en croire J. SCHUMPETER (*Histoire de l'analyse économique*, t. 1, *L'âge des fondateurs*, Gallimard, 1983, la première édition en anglais date de 1954), l'absence d'enseignement spécifique jusqu'à la Révolution aurait protégé la France de la « systémite » (p. 249).

**20** G. DOSTALER, « Les lois naturelles en économie. Émergence d'un débat », *L'homme et la société*, 2008/4-2009/1, n° 170-171, p. 71-92.

**21** Depuis son exil américain, la dernière grande figure de la physiocratie, Dupont de Nemours, affirme, contre Say, que l'économie ne se réduit pas à la science des richesses, « *elle était bien davantage, elle était la science sociale et politique par excellence* », écrit A. SKORNICKI, *op. cit.* (n. 10), p. 14.

**22** *Traité d'économie politique*, O. Zeller, 1841, 6<sup>e</sup> éd., p. 1, la première édition date de 1803, souligné par l'auteur. Cf. G. FACCARELLO, « L'économie, une science nouvelle ? Ce siècle avait 3 ans... », *Romantisme*, 2006/3, n° 133, p. 15 et s.



religieuses et féodales au profit des intérêts<sup>23</sup>. Cette évolution accompagne un autre versant du processus de monopolisation étatique, celui du monopole de la violence physique légitime. Le processus de désencastrement peut être décrit aussi comme une modification de l'équilibre des trois fonctions de Georges Dumézil : la fonction du sacré et la fonction guerrière se rétractent au profit de la fonction économique.

Enfin, il ne faudrait pas oublier le droit dans le scénario, le droit entendu comme réservoir de raisons d'agir de façon légitime. Depuis que la monarchie, au sortir de la féodalité, se trouve prise dans un mécanisme de lutte concurrentielle pour le monopole du pouvoir politique, elle développe un ordre juridique propre qui vise à l'éradication des ordres juridiques locaux. La nationalisation du pouvoir s'accompagne de la tentative de nationalisation du droit. L'extrême diversité du territoire juridique, coutumes au nord, influence romaine dans le Midi, résistera victorieusement à toutes les tentatives de monopolisation par le pouvoir central jusqu'à la Révolution. Même la monarchie, dite pourtant absolue<sup>24</sup>, sera impuissante à unifier le territoire du droit tout comme elle échoue à unifier le marché du blé.

Mais des facteurs d'unification sont en marche. Le droit canonique couvre toute la chrétienté. La redécouverte du droit romain fournit un modèle de droit centralisé, instrument du pouvoir politique. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, les romanistes rentrent en force à la *curia regis* pour défendre les intérêts de la monarchie<sup>25</sup>. Mais, dans la lutte concurrentielle que mène la monarchie contre les pouvoirs féodaux, le réalisme la conduit à ménager des forces sociales locales. L'entrée dans l'obédience royale a pour

**23** A. O. HIRSCHMAN, *Les passions et les intérêts*, PUF, 2005, 3<sup>e</sup> édition française, la première édition en anglais date de 1977. Dans cet ouvrage célèbre, l'auteur décrit de la transition de l'idéal héroïque féodal à la mentalité bourgeoise. Il observe que le bouleversement se produit de façon très rapide, « du jour au lendemain », au XVII<sup>e</sup> siècle et il insiste sur le rôle du jansénisme. Mais il rattache cette mutation au « renouveau de la théorie de l'État, à la tentative d'améliorer l'art de gouverner dans le cadre de l'ordre établi » (p. 16). L'idée générale serait de gouverner les passions par les passions. Certes le commerce demeure une activité médiocre pour s'enrichir, mais il présente l'avantage d'adoucir les mœurs. « L'effet naturel du commerce est de porter à la paix » disait Montesquieu, qui poursuivait « l'esprit de commerce produit, dans les hommes, un certain sentiment de justice exacte, opposé d'un côté au brigandage, et de l'autre à ses vertus morales qui font qu'on ne discute pas toujours ses intérêts avec rigidité et qu'on peut les négliger pour ceux des autres » (*De l'esprit des lois*, Livre XX/II).

**24** Sur la question, cf. la synthèse d'histoire totale, historique, juridique et politique de F. COSANDAY et R. DESCIMON, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Seuil, 2002. Entreprise d'autant plus admirable que l'existence même du phénomène paraît remise en cause : J.-L. THIREAU, « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 6, 1997, p. 291.

**25** P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An Mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 64, qui observent que, dès le XIII<sup>e</sup> siècle, « les légistes inspirent toute la politique royale... Ils défendent avec intrépidité les droits de leur maître, rédigent les jugements de sa cour, dominent son administration ».



condition le maintien des droits et des usages particuliers. Lorsque le roi décide, par l'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454, la rédaction des coutumes, il prend bien le soin de préciser qu'elles doivent être mises par écrit avec l'accord des « *coutumiers, praticiens et gens de chascun desdits pays* ». Au XVI<sup>e</sup> siècle, l'hostilité aux Italiens et, par contrecoup, au droit romain est générale. Elle conduit à une valorisation des coutumes, « *le vrai droit français* », par les auteurs les plus renommés de l'époque, Du Moulin par exemple<sup>26</sup>.

Ainsi, malgré quelques réussites comme l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui impose l'usage du français dans les actes juridiques ou, un siècle plus tard, les ordonnances civiles du chancelier D'Aguesseau, l'unité du droit privé reste chimérique. Chimère prise en charge par la doctrine. D'une part, l'édit de Saint-Germain d'avril 1679 crée dans chaque université une chaire de droit français, occupée par un praticien chargé d'enseigner « *le droit français contenu dans les ordonnances et dans les coutumes* ». D'autre part, l'école du droit naturel moderne, de Grotius ou de Pufendorf, fait des émules en France. Jean Domat publie en 1689 *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel* précédé du *Traité des Lois*. Par une combinaison savante du droit romain, raison juridique écrite, et du droit coutumier, le célèbre jurisconsulte met le droit en ordre. Mais il ne s'agit encore que d'un droit de professeur. Ce sont les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme qui réaliseront le fantasme d'un droit universel, fondé sur la raison, et Bonaparte qui achèvera le projet d'unification du droit français.

Revenons à la question posée par François Collart Dutilleul, comment se fait-il que les droits de l'homme ne protègent pas « *ceux dont les assiettes sont vides* », ne servent pas de remparts aux plus faibles d'entre nous ? L'hypothèse qu'il faudrait tester, à l'aide de l'histoire, pourrait se résumer ainsi : l'universalisation – ou pour parler comme Max Weber, la rationalisation de toutes les sphères de l'existence – se traduit par une dépossession et non par une généralisation du pouvoir et des droits. L'exemple des agriculteurs belfortains le montre bien : le marché et le droit de propriété individuelle, du foin en la circonstance, déposèdent les habitants d'une communauté du pouvoir de contrôler l'usage du bien<sup>27</sup>. Il faut une micro-émeute pour leur permettre de reprendre le pouvoir.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 151 et s. ; J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 148 et s.

<sup>27</sup> La question de la forme de la propriété est éminemment politique. La propriété privée individuelle, imposée par une politique publique de longue haleine, contre la propriété privée collective, conduit à un transfert du pouvoir d'user des biens mais aussi de décider collectivement de cet usage. La propriété collective est d'abord un système de règles produites par les usagers eux-mêmes, un système d'autogestion si on veut. Voir, par exemple, P. DARDOT et Chr. LAVAL, « Du public au commun », *Revue du MAUSS*, 2010/1, n° 35, p. 111 et s.

Mais l'hypothèse dérange. Tout particulièrement les intellectuels, porteurs professionnels de l'universel, dont le métier consiste à assurer la propagande de la démocratie, du droit, de la civilisation ou du progrès par la technique et la production. Or, la généalogie historique fournit des indices sérieux de cette mécanique de confiscation du pouvoir menée sur plusieurs fronts à la fois. Max Weber en fait le constat, l'élargissement du marché « entraîne irrésistiblement des suites telles qu'il favorise la monopolisation et la réglementation de tout pouvoir de contrainte légitime par un organisme de contrainte tendant à l'universalité. Au cours de ce processus, on assiste à la dissolution de tous les organismes de contrainte particuliers, qu'ils soient de caractère corporatif, reposant sur des monopoles économique ou de tout autre caractère »<sup>28</sup>. Ainsi l'analyse doit considérer ensemble la monopolisation du pouvoir politique, l'économie et le droit, faire en somme comme les penseurs des Lumières qui s'intéressent à tout.

Si la prétention à la scientificité de l'économie, mais aussi du droit, conduit à revendiquer leur apolitisme, il ne faudrait pas tomber dans le piège tendu par les spécialistes et par la spécialisation disciplinaire qui conduisent à découper l'histoire en tranches et à envisager les événements de façon isolée. Par une étrange ironie de l'histoire la première édition du *Traité d'économie politique* de Jean-Baptiste Say date de 1803, le Code Napoléon est promulgué le 21 mars 1804 et l'Empire plébiscité le 6 novembre 1804. Tout se tient. Alexis de Tocqueville avait raison : la Révolution conduit à l'Empire et à la réalisation de tous les rêves de la monarchie<sup>29</sup>, l'unification du marché et du droit, la concentration et la centralisation du pouvoir.

Tout considérer ensemble, idéal scientifique, dépasse aujourd'hui les forces d'un seul homme<sup>30</sup>. Le tropisme scientifique, la socialisation dans une discipline, le droit, l'histoire, l'économie, la sociologie ou les sciences politiques, conduisent à la surévaluation de sa propre discipline. La socia-

<sup>28</sup> *Economie et société*, Plon, 1995 pour l'édition de poche, t. 2, p. 49, souligné par l'auteur.

<sup>29</sup> *L'Ancien Régime et la Révolution*, édité par J.-P. MAYER, Gallimard, 1967.

<sup>30</sup> Sur le débat, passionnant chez les historiens, de savoir comment on écrit l'histoire, particulièrement l'histoire des idées, outre P. VEYNE, *op. cit.* (n. 4), voir l'ouvrage classique de M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, préface de J. LE GOFF, Armand Colin, 2007, qui, outre des choses très sérieuses, commence par dire que la pratique de l'histoire est amusante et divertissante : tout est dit de nos métiers d'intellectuels (p. 39). Voir également G. NOIREL, *Penser avec, penser contre. Itinéraire d'un historien*, Belin, 2003 ; dans la période récente : Fr. CHAUBET, « Histoire des intellectuels, histoire intellectuelle. Bilan provisoire et perspectives », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, janvier-mars 2009, p. 179 et s. ; A. LILTI, « Comment écrit-on l'histoire intellectuelles des Lumières ? Spinosisme, radicalisme et philosophie », *Annales HSS*, 2009/1, p. 171 et s. ; D. RIBARD, « Le travail intellectuel : travail et philosophie, XVII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles », *Annales HSS*, 2010/3, p. 715 et s. Pour une synthèse des débats sur la manière d'écrire l'histoire de la Révolution de 1789, J. LOUVRIER, « Penser la controverse : la réception du livre de François Furet et Denis Richet, *La Révolution française* », *Annales de la Révolution française*, n° 1, 2008, p. 151 et s.

lisation scientifique dans des canons spécifiques et la lente assimilation d'une culture devenue gigantesque – qui donc aujourd'hui peut prétendre maîtriser ne serait-ce que sa propre spécialité<sup>31</sup> ? – exposent celui qui décide de s'aventurer hors de ses terres à encourir le reproche d'amateurisme.

Non seulement la vie sociale mais les sciences humaines explosent en sphères indépendantes, avec des rationalités distinctes, voire incompatibles. Certaines prétendent construire des modèles de conduite qu'il conviendrait de diffuser à tous, elles bâtissent des mondes imaginaires. Le droit se situe, naturellement pourrait-on dire, dans le registre du devoir-être. Mais aussi l'économie, qui propose le modèle de l'homme économique rationnel ou celui du marché comme type idéal des échanges entre les hommes. Dans un autre registre, celui de l'être, l'histoire ou la sociologie procèdent de façon différente, en partant à la recherche des faits, en tentant de décrire la « réalité » du passé ou du présent<sup>32</sup>. Même si les pratiques professionnelles recourent nécessairement à un mélange de ces deux types de rationalité<sup>33</sup>, la combinaison s'avère délicate. Mais il faut prendre le risque de se tromper de registre pour tenter de tout mettre ensemble.

L'éclatement du pouvoir dans la féodalité conduit la monarchie à passer des alliances avec les différents corps du royaume pour tenter d'établir sa domination puis son monopole. Au premier rang de ces accords figure le pacte de subsistance (I), l'échange de la sécurité contre la subsistance dans une large préservation des pouvoirs locaux. Avec le développement de l'appareil central de domination, les perspectives changent. Les prétentions à l'absolutisme conduisent à l'abandon du référentiel ancien, contractuel, au profit d'un nouveau qui prend sa forme définitive au XVIII<sup>e</sup> siècle et qui passe par le recours à l'universel : la raison, le droit naturel puis les droits de l'homme (II). La mise en œuvre de ce référentiel – au mépris du vœu de la population contre laquelle le pouvoir ouvre les hostilités avec la guerre des farines – ne se réalise, dans les textes au moins, qu'à la Révolution de 1789 (III).

**31** Voir M. XIFARAS, « Introduction : les Lumières dans la perspective juridique », *op. cit.* (n. 19), p. 1 et s., qui observe le cloisonnement entre des disciplines qui étudient pourtant le même objet, ici l'objet « droit ».

**32** L.-A. GÉRARD-VARET et J.-Cl. PASSERON (dir.), *Le modèle et l'enquête. Les usages du principe de rationalité dans les sciences sociales*, Éd. de l'EHESS, 1995 ; L. BOLTANSKI, *Énigmes et complot. Une enquête à propos d'enquête*, Gallimard, 2012 ; spécialement le chapitre VI, « La police de l'enquête sociologique », qui observe que la paranoïa est sans doute la maladie professionnelle la plus répandue dans la famille des sociologues.

**33** Pour le juriste savoir ce que la norme idéale de la loi devient dans la réalité n'est pas qu'une simple question de curiosité. Si on admet que la jurisprudence constitue une source du droit, alors l'interprétation de la norme s'intègre à la norme elle-même, l'être rejoint le devoir-être. Aucun juriste ne se tient à la prescription de H. KELSEN, la norme rien que la norme.

## I. LE PACTE DE SUBSISTANCE

Résumons l'hypothèse de cette contribution : le processus de concentration du pouvoir, accompli pourtant au nom de l'universel, se construit aussi sur une mécanique d'exclusion. Il y a comme un paradoxe, une antinomie, qui rend le phénomène difficile à analyser. Un mouvement de « *civilisation* » – qui conduit à la proclamation de droits identiques pour tous – entraîne la dépossession de pouvoirs particuliers, une perte de contrôle des communautés et des hommes sur leur propre destin.

Or le phénomène d'universalisation s'observe également sur le terrain des représentations de l'économie. L'épisode de la guerre des farines, qui se joue dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, est aussi une bataille d'idées. D'un côté, les émeutiers invoquent les représentations traditionnelles de solidarité communautaire – « *l'économie morale de la foule* », selon l'expression aujourd'hui consacrée due à Edward E. Thompson<sup>34</sup> – pour, par exemple, s'opposer à la sortie des grains hors de la province de production. En face, une science d'État en voie de constitution plaide pour la liberté du marché, expression d'une loi naturelle censée réaliser l'équilibre et assurer la prospérité.

L'exclusion commence par l'amnésie, la disparition des paysans de la surface de l'histoire. À s'interroger sur la guerre des farines, un premier constat frappe immédiatement l'observateur : les paysans sont les grands oubliés de la mémoire collective mais aussi savante<sup>35</sup>. L'historiographie paysanne se réveille au XX<sup>e</sup> siècle seulement, avec Georges Lefebvre, un précurseur, un historien belge de première importance, Henri Pirenne, ou Marc Bloch, et l'École des Annales. Jean Meuvret<sup>36</sup> livre une histoire magistrale des subsistances et Steven L. Kaplan<sup>37</sup> de celle du pain. La fascination inévitable pour les vainqueurs de l'histoire se traduit aussi par les choix des sujets. L'économie morale de la foule, pacte traditionnel de gouvernement (*A*), finit par s'incliner devant des représentations permettant le désencastrement de l'économie, le régime de la liberté (*B*). Les historiens, et d'abord ceux de l'économie politique, oublieront longtemps que cette voie a été conquise de

**34** « L'économie morale de la foule dans l'Angleterre du XVIII<sup>e</sup> siècle », in Fl. GAUTHIER et G.-R. IKNI, *La guerre du blé au XVIII<sup>e</sup> siècle. La critique populaire contre le libéralisme économique au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Les Éditions de la Passion, 1988, p. 31, paru pour la première fois en anglais en 1971.

**35** Pour l'historiographie, cf. P. SOURIAU, « Le 'sens politique' des paysans aux Temps modernes en France. Cultures et comportements paysans, vers 1550-vers 1650 », *Dix-septième siècle*, n° 234, 2007/1, p. 11.

**36** *Le problème des subsistances à l'époque de Louis XIV, La répartition et le commerce des céréales*, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1988.

**37** *Le pain, le peuple et le Roi, La bataille du libéralisme sous Louis XV*, Fayard, 1986 et *Les ventres de Paris : pouvoir et approvisionnement dans la France d'Ancien Régime*, Fayard, 1988 (1<sup>re</sup> édition en anglais en 1984).

haute lutte contre la grande masse de la population, plutôt hostile à cette évolution.

### *A. Le pacte de gouvernement*

La guerre des foins dans le Territoire de Belfort s'inscrit dans une longue tradition d'actions collectives des paysans. L'épisode du printemps dernier montre bien les traces des mentalités communautaires qui survivent jusqu'à aujourd'hui. Sans rentrer dans le détail, il faut observer avec Marc Bloch que le monde du haut Moyen Âge est marqué par la lutte qui oppose de façon permanente les paysans, libres ou pas, à leur seigneur<sup>38</sup>. La solidarité des communautés paysannes apparaît comme un moyen de défense contre l'oppression. Ces communautés paysannes ne sont pas égalitaires. Le contraste est fort entre les paysans pauvres et les riches propriétaires<sup>39</sup>. Mais les systèmes de culture impliquent une coopération étroite entre les familles et les propriétés collectives fournissaient des moyens de subsistance importants.

Ce face-à-face sera modifié par deux facteurs. D'une part, l'Église constitue un domaine de plus en plus étendu et affirme son emprise sur les esprits. D'autre part, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, l'État entame un long processus de monopolisation de la contrainte et de la fiscalité<sup>40</sup>. Dans la dernière décennie du XII<sup>e</sup> siècle, beaucoup plus tôt que sur le continent, la noblesse anglaise cherche l'exploitation économique de ses domaines. Elle agrandit et réorganise l'exploitation en instituant un corps d'intendants professionnels qui loue les terres à bail. Les services féodaux dus par les vilains, c'est-à-dire le travail comme forme de redevance, se détournent vers le travail de la terre. L'aristocratie va exercer une pression constante pour réduire les paysans à la condition de vilains, c'est-à-dire de non-libres, échappant à la protection des tribunaux royaux. Les révoltes paysannes en Angleterre prennent une tournure originale en adoptant une voie juridique : la mise en accusation du seigneur devant les tribunaux royaux par la communauté tout entière, actions menées au nom de la coutume<sup>41</sup>.

**38** *Les caractères originaux de l'histoire rurale française* [1929], Armand Colin, 1976, nouvelle édition, spéc. p. 109 et s.

**39** *Ibid.*, p. 194 et s.

**40** Sur le rôle des légistes et du droit dans la construction de l'État, outre l'ouvrage classique d'E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi*, Gallimard, 1989 (1<sup>re</sup> éd. en anglais en 1957), voir, par exemple, J. KRYNEN, « L'encombrante figure du légiste. Remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'État », *Le Débat*, n° 74, 1993/2, p. 41.

**41** R. HILTON, *Les mouvements paysans du Moyen Âge et la révolte anglaise de 1381*, Flammarion, 1979.

En France, l'époque féodale, jusqu'à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, demeure dans les mémoires du temps comme une période de prospérité<sup>42</sup>. Les progrès semblent se figer à la fin du siècle. En 1337, commence la guerre de Cent Ans, la mal nommée, puisqu'elle s'achève en 1453. Autant dire que les lamentations et les révoltes paysannes remplissent toute cette période. Parmi les plus connues, citons celle de la Flandre maritime de 1323 à 1328 qui soulève les paysans contre le roi de France et la noblesse flamande ; la « grande jacquerie » de 1358 se déroule dans la région parisienne ; le mouvement des Tuchins dans le Centre de la France commence dans les années 1360 et se prolonge jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle ; en Catalogne, la guerre des *Remensas* commence vers 1460 pour se terminer en 1486. Ces révoltes présentent pour traits communs d'opposer les exploitants et les exploités<sup>43</sup>, ce qui est assez commun mais ne suffit pas à justifier les soulèvements, faute de quoi l'humanité ne se trouverait en état de révolution permanente. Ce qui explique ces mouvements c'est plutôt la rupture de l'ordre naturel des choses, la rupture de la coutume. Lorsqu'une taxation lourde, voire illégale, ne se justifie plus par le maintien de l'ordre public, la noblesse se discrédite et les insurgés ne se privent pas d'invoquer la rupture du contrat. En Catalogne par exemple, dans la guerre des *Remensas*, les paysans se révoltent contre le système féodal des mauvaises coutumes, *los malos usos*. La révolte était surtout, semble-t-il, d'inspiration juridique. Un jurisconsulte, Thomas Mieres, qui avait été formé à Bologne et à Montpellier, avait avancé l'idée que tous les hommes, selon la loi naturelle, étaient libres et avaient le droit d'être protégés par le roi contre les nobles<sup>44</sup>.

De la fin du XV<sup>e</sup> siècle jusqu'au milieu du XVIII<sup>e</sup>, « *les campagnes françaises présentent un visage sans modification profonde* »<sup>45</sup>, l'agriculture reste

<sup>42</sup> Pour la période du XI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle, avec le passage généralisé de la culture attelée légère à la culture attelée lourde, les spécialistes constatent une véritable « révolution agricole » avec une augmentation continue de la population et de la production agricole. Cf., par exemple, M. MAZOYER et L. ROUDART, *Histoire des agricultures du monde. Du néolithique à la crise contemporaine*, Seuil, 2002, p. 375 et s. Cf. également M. BLOCH, *La société féodale*, Albin Michel, 1994, « livre merveilleux », dit de lui F. BRAUDEL ; G. DUBY, *Guerriers et paysans, VII<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle, Premier essor de l'économie européenne*, Gallimard, 1973 ou J. LE GOFF, *La civilisation de l'Occident médiéval*, Flammarion, 1982, p. 46 et s.

<sup>43</sup> Cf. H. PIRENNE, *Le soulèvement de la Flandre maritime de 1323-1328*, Librairie Kiessling, 1900, disponible sur le site Gallica. L'auteur parle de « *guerre des classes entre les paysans et la noblesse* » (p. XXXIII), mais de paysans relevant plutôt de « *classes moyennes* » au regard de la richesse de la région. Et l'auteur constate que le pays n'avait pas été livré à l'anarchie car l'administration révolutionnaire « *fonctionnait normalement* » (p. XXXV).

<sup>44</sup> R. HILTON, *op. cit.* (n. 41), p. 144 et s.

<sup>45</sup> G. DUBY et R. MANDROU, *Histoire de la civilisation française, Moyen Âge-XVI<sup>e</sup> siècle*, Armand Colin, 11<sup>e</sup> édition, 1982, p. 311. C'est la thèse d'E. LE ROY LADURIE, « L'histoire immobile », *Annales ESC*, XXIX, 3, 1974, p. 673. Mais il faut bien que quelque chose ait tout de même changé avec le développement des concentrations urbaines et de longues périodes de guerres pendant le règne de Louis XIV. Ces grandes concentrations humaines supposent un approvisionnement massif

une activité d'autarcie, le paysan cultive pour lui-même quelques parcelles en tirant profit, avec son voisinage, des biens communaux. Son domaine propre s'intègre dans un terroir commun et l'exploitation recourt aux forces collectives pour les gros travaux. La petite exploitation perdure, alors qu'en Angleterre, voire en Allemagne, la propriété rurale se concentre, se capitalise. Le mouvement des « *enclosures* », de clôture des champs jusque-là ouverts à l'usage collectif, et la captation des terres de la paroisse par l'aristocratie locale, cette « *révolution des riches contre les pauvres* » disait Karl Polanyi, a commencé en Angleterre dès le XII<sup>e</sup> siècle. Les élites se constituent en classe, la *gentry*, épine dorsale politique, sociale, culturelle mais aussi économique de la Nation tout entière<sup>46</sup>.

En France, le monde rural reste largement à l'écart de l'économie monétaire urbaine : le paysan ne vend rien ou presque rien de sa production agricole alors qu'il est le pourvoyeur des matières premières puisque les ordres privilégiés non seulement défendent féroce­ment leurs privilèges fiscaux mais prélèvent largement dîme et banalités diverses, voire droits en espèces. Le système de l'extraction en nature précède celui de la vente. Depuis l'époque féodale, les choses ne changent pas beaucoup : les paysans constituent « *la couche mère formée de l'épaisse masse du peuple et dont chacun est persuadé qu'elle doit fournir aux deux élites des orateurs et des bellatores, de ceux qui prient et de ceux qui combattent, les moyens de leur oisiveté et l'aliment de leurs dépenses* »<sup>47</sup>. Lorsque le collecteur royal se présente, le grenier se vide un peu plus, la main du roi serre le cou d'un misérable. Autant dire que les famines succèdent aux disettes et que les émeutes s'ajoutent aux révoltes. Quand le

---

et organisé. Voir, dans cette perspective, J.-M. MORICEAU, *Terres mouvantes. Les campagnes françaises du féodalisme à la mondialisation, XII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*, Fayard, 2002, particulièrement p. 356 et s. Voir également R. ABAD, *Le Grand Marché. L'approvisionnement alimentaire de Paris sous l'Ancien Régime*, Fayard, 2002, qui montre, dès le règne de Louis XIV, l'existence d'un marché national puisque la capitale est approvisionnée par toutes les provinces, à des degrés divers.

**46** Cf. E. MEISKINS WOOD, *L'origine du capitalisme, une étude approfondie*, Lux Éditeur, 2009 (2002 pour la première édition en anglais). L'auteur soutient que le capitalisme émerge en Angleterre à la féodalité. Alors qu'en France la bourgeoisie s'oppose à l'aristocratie pour l'accès aux postes très lucratifs de l'État, en Angleterre les seigneurs s'allient aux prospères fermiers capitalistes pour contrôler l'État et exploiter la campagne de façon économiquement rationnelle. La thèse est séduisante car elle démontre que l'analyse économique orthodoxe, le développement endogène du capitalisme à partir de pratiques commerciales universelles, est largement erronée. L'explication par l'histoire et la sociologie, qui insiste sur la politique et les rapports sociaux, est beaucoup plus pertinente. Dans le même sens, voir B. BADIE, *Les deux États. Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*, Fayard, 1997 (1986 pour la 1<sup>re</sup> éd.), spécialement p. 58 et s. L'auteur montre que dès le XIII<sup>e</sup> siècle la propriété des terres est juridiquement individuelle et que l'ordre juridique anglais s'impose comme un facteur de construction d'une société civile individualiste.

**47** G. DUBY, *op. cit.* (n. 42), p. 191. Cf. également *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval* (publié pour la première fois en 1962), in G. DUBY, *Qu'est-ce que la société féodale ?*, Flammarion, 2002, p. 599 et s.



paysan, chassé de ses terres à la ville par une « soudure » impossible, un hiver trop rigoureux, il mendie son propre pain, le blé récolté à l'été précédent.

Les masses rurales vivent dans l'isolement, privées de tout soutien social. Le seigneur, protecteur attitré, n'assure plus la défense de la communauté. Bien souvent il déserte la campagne et, selon Georges Duby, la « *défaillance de l'économie seigneuriale* » remonte à loin, au dernier siècle du Moyen Âge<sup>48</sup>. Le maintien des droits seigneuriaux ne rémunère plus que la supériorité sociale de l'aristocrate : « *le pauvre peuple, comme dit Vauban, est plus opprimée que protégé par le seigneur : c'est le grand drame de la campagne française (qui ne trouve son dénouement qu'en 1789)* »<sup>49</sup>. La protection seigneuriale ayant disparu, restent les charges féodales, l'appauvrissement sans cause, plus les vexations et le mépris. L'Église, elle, ne laisse sur place qu'un pauvre curé, démuni économiquement et socialement. D'une culture religieuse médiocre, ce pauvre hère prend souvent fait et cause pour ses paroissiens dont il mène à l'occasion les émeutes. Il ne les gouverne guère dans le sens du pouvoir. Restent le roi ou son administration. Mais le prévôt et, plus encore, le bailli sont loin, à la ville, milieu hostile au campagnard. Le seul représentant régulier reste le collecteur.

Pourtant la foi politique demeure : « *le roi, protecteur trop lointain des humbles, des pauvres gens à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle encore ; cette foi en la bonté royale, abusée, aveuglée, vit toujours, appuyée sur une croyance religieuse, dont la fortune extraordinaire a un sens politique profond : la foi dans le pouvoir miraculaire, thaumaturgique des rois de France* »<sup>50</sup>. Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle au moins, cette protection se manifeste par l'obligation alimentaire du souverain à l'égard du peuple. Jean Bodin au XVI<sup>e</sup> siècle, Antoine de Montchrétien au début du XVII<sup>e</sup> affirment le rôle nourricier du roi, le pacte de subsistance conclu entre le monarque et le peuple. Il assume trois devoirs : la charité envers les « *vrais* » pauvres, ceux qui ne peuvent pas se nourrir par leur TRAVAIL, veiller à l'approvisionnement des marchés et à la priorité des acheteurs nationaux<sup>51</sup>. Mais à la différence de certains régimes de l'Antiquité, voire de l'époque moderne, le roi ne prend pas la responsabilité directe de la distribution de subsistances, politique dite « *annonaire* »<sup>52</sup>. Il s'en remet toujours au commerce.

48 G. DUBY, *L'économie rurale [...]*, op. cit. (n. 48), p. 996.

49 G. DUBY et R. MANDROU, op. cit. (n. 45), p. 324.

50 *Ibid.*, p. 337.

51 A. CLÉMENT, *Nourrir le peuple. Entre État et marché. Contribution à l'histoire intellectuelle de l'approvisionnement alimentaire*, L'Harmattan, spéc. p. 25 et s.

52 Pour la période moderne, voir M. MARTINAT, *Le juste marché : le système annonaire romain au XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècle*, École française de Rome, 2004. L'auteur démontre que cette politique des autorités pontificales est déterminée par une conception organiciste de la société, fondée sur une conception de la justice distributive exigeant de donner à chacun son dû, selon sa place et son rang. Il pourrait bien s'agir d'un exemple d'une économie politique chrétienne, fondée sur les conceptions



Sur la question de l'approvisionnement, les représentations traditionnelles, le particularisme médiéval, restent encore très actives. Monchrétien par exemple préconise, entre les villes et provinces d'une même nation, une véritable politique protectionniste : loin de demander la suppression des douanes intérieures, il loue les villes d'édifier des frontières interdisant, pour le moins réglementant, les déplacements. Chaque terre nourrit d'abord les hommes qu'elle abrite et il écrit « *la nature ayant donné à chaque terre ses hommes, leur à proprement et particulièrement attribué l'usage des éléments et des biens qu'elle produit* »<sup>53</sup>. La représentation du territoire national comme un espace homogène reste encore minoritaire. La conception contractualiste des rapports entre le pouvoir politique et les communautés locales, l'exercice conventionnel de la domination politique, demeurent présents dans les esprits et dans les pratiques.

### B. La rupture du pacte

Progressivement la monarchie apparaît comme un recours mais aussi comme une cible de la colère paysanne. Un recours dans la lutte qui oppose les paysans à l'aristocratie<sup>54</sup>. Dans les querelles campagnardes avec les seigneurs, très fréquentes à l'époque, il est habituel de recourir à la justice royale. Les communautés, forme sociale élémentaire à l'époque<sup>55</sup>, développent un fort sentiment de leur enracinement, une grande culture sociale et politique, une évidente habileté dans la mobilisation des moyens et des stratégies. Parfaitement conscientes des limites de leurs forces, elles restent toujours ouvertes à la négociation et ne manifestent pas la volonté de rompre le pacte du vivre ensemble<sup>56</sup>.

---

de la théologie thomiste. Voir également, du même auteur, « Le marché des céréales à Rome au XVII<sup>e</sup> siècle », *Histoire & Mesure*, vol. 10, n° 3-4, 1995, p. 313 et s.

**53** *Traité de l'économie politique* [1615], Plon, 1898, p. 114, cité par P. DOCKÈS, *L'espace dans la pensée économique du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Flammarion, 1969, p. 106. Sur l'idée d'un espace politique homogène, voir D. BITTERLING, *L'invention du pré carré. Construction de l'espace français sous l'Ancien Régime*, Albin Michel, 2009.

**54** La construction de l'État ne se limite pas à la concentration du pouvoir par la concurrence, dans cette perspective peut-être excessivement unilatérale, voir, par exemple, le célèbre ouvrage de N. ELIAS, *La dynamique de l'Occident*, Calmann-Lévy, 1975 (1<sup>re</sup> éd. en allemand, 1939). B. BADIE observe lui que la construction étatique « *correspondait aussi à des attentes et des stratégies convergentes d'acteurs par ailleurs en conflit* » (*op. cit.* [n. 46], p. 139).

**55** M. BLOCH écrit : « *plutôt que d'individus, les sociétés anciennes étaient faites de groupes. Isolé, l'homme ne comptait guère. C'était associé à d'autres hommes qu'il peinait et se défendait ; c'étaient des groupements, de toute taille, que les maîtres, seigneurs ou princes, étaient habitués à trouver devant eux, qu'ils dénombraient et taxaient* » (*Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, t. 1, Armand Colin, 1976 [1<sup>re</sup> édition à Oslo, 1931], p. 155).

**56** Voir notamment R. SOURIAU, art. cit. (n. 35), p. 11, article passionnant qui renverse une idée convenue depuis les Lumières libérales et reprise par le marxisme de paysans incultes, dépourvus

Une cible lorsque l'État accroît la pression fiscale et qu'il renforce la centralisation administrative au XVIII<sup>e</sup> siècle. La Guyenne, pays d'État, par exemple, est transformée par l'édit de 1622, en pays d'élection. C'est-à-dire que l'intendant<sup>57</sup>, représentant du roi, gère directement la province, notamment sur le plan fiscal. Des officiers royaux se substituent aux administrations locales dans la répartition et l'organisation de la levée de l'impôt. À cette occasion, les populations locales parviennent à se faire reconnaître comme des interlocuteurs du pouvoir monarchique et elles démontrent qu'elles maîtrisent parfaitement l'objet du politique, vivre ensemble. Dans cette structure sociale éclatée, au sortir de la féodalité, les paysans admettent l'inégalité sociale, mais à deux conditions. Le respect des « *libertés locales et des coutumes* », constitutives des corps, doit être assuré de même que le recours à la justice du roi en cas de conflits. Mais elles échouent à s'opposer au mouvement de la centralisation administrative et à l'exercice autoritaire du pouvoir par la monarchie et son représentant local, l'intendant. Ainsi que le dit René Souriac « *la France a opté au XVIII<sup>e</sup> siècle pour un régime centralisé qui ne comprenait plus le 'sens politique' des populations paysannes mais auquel celles-ci ont dû se soumettre* »<sup>58</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle les révoltes frumentaires connurent une croissance spectaculaire. Alors que l'État central entre dans une lutte constante contre les autorités locales qui tentent de protéger les habitants contre une circulation élargie des grains nécessaires à l'approvisionnement des villes et des armées<sup>59</sup>. Révoltes qui prennent deux formes. L'émeute de marché, la révolte des villes, lorsque le pain venait à manquer et le prix à monter de façon considérée comme excessive. Elle révèle le manque de grains et se dirige contre ceux qui, croit-on, détiennent du grain, boulangers ou marchands, et contre les pouvoirs publics chargés de l'approvisionnement et d'une distribution équitable. Cette forme serait très ancienne, attestée dès l'Antiquité. Et la révolte des champs qui est une tentative pour réserver la production locale à la consommation locale, à des prix raisonnables.

Elle se traduit par l'entrave, l'opposition à la circulation des marchandises – qualifiée à l'époque « *d'enlèvement* » – et par la « *taxation* ». La foule s'empare des marchandises, fixe un prix reconnu comme le juste prix du produit, le vend et paie le propriétaire. Selon Edward E. Thompson,

---

d'éducation et donc incapables d'une analyse pertinente indispensable pour entreprendre une action politique.

**57** L'intendant est un commissaire qui – à la différence des officiers, détenteurs d'un office – peut être révoqué à tout moment. Mais les intendants sont, la plupart du temps, également officiers, comme maître des requêtes par exemple.

**58** R. SOURIAC, art. cit. (n. 35), p. 28.

**59** C. A. BOUTON, « Les mouvements de subsistance et le problème de l'économie morale sous l'Ancien Régime et la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, [en ligne], 319, janvier-mars 2000.

« *l'économie morale de la foule* » repose sur quatre principes. D'abord l'affirmation d'un droit prioritaire de la communauté sur les ressources produites localement<sup>60</sup>. Ensuite le souci du juste prix, défini comme celui qui permet à tous les membres de la communauté d'accéder aux subsistances. Par ailleurs, la foule manifeste son intention de châtier ceux qui tirent profit de la misère du peuple. Enfin, la foule affirme sa conviction d'agir en toute légalité et prétend que « *puisque les autorités refusaient d'appliquer 'les lois' elle devait le faire elle-même* »<sup>61</sup>. Ces actions collectives, en Angleterre comme en France<sup>62</sup>, frappent par leur discipline et leur réserve, le large consensus, même parmi les autorités locales, qu'elles obtiennent de la population. Elles sont « *l'expression d'une solidarité organique cimentée par des valeurs de réciprocité, partagées dans l'évidence et dans la naturalité d'un ordre essentiellement inégalitaire* »<sup>63</sup>. Dans une organisation politique dépourvue de système de représentation, les émeutes relèvent de la communication politique<sup>64</sup>.

Or, de façon à peu près certaine, les révoltes ne dépendent pas, à long terme, du mouvement des prix. L'émeute apparaît plutôt comme une réaction à la politique de l'État qui s'exerce dans deux directions, liées l'une à l'autre. D'abord le prélèvement fiscal qui s'accroît, oblige les paysans, principaux contributeurs, à sortir de l'autarcie, à vendre les récoltes pour payer l'impôt. D'autre part, le développement d'un marché national devenu

<sup>60</sup> L'auteur cite un pamphlet de 1768 qui proteste avec indignation contre la prétendue liberté du fermier de faire ce qu'il voulait de son bien en affirmant que « *c'est la liberté d'un sauvage ; par conséquent, celui qui en tire avantage, ne mérite pas la protection, qui est un pouvoir de la société* » (art. cit. [n. 34], p. 42). Le droit du propriétaire de disposer librement de son bien ne serait qu'une liberté naturelle et non pas une liberté civile.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>62</sup> En France, les mouvements populaires obéissent à « *un code de conduite* » largement similaire, voir, par exemple, C. A. BOUTON, « L'économie morale' et la guerre des farines de 1775 », in FL. GAUTHIER et G.-R. IKNI, *op. cit.* (n. 34), p. 93 et s.

<sup>63</sup> Pour une analyse de la « taxation » jusqu'à la Révolution et au-delà, voir D. MARGAIRAZ et Ph. MINARD, « Marché des subsistances et économie morale : ce que 'taxer' veut dire », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 2, 53, 2008, spéc. p. 95. L'article est une réflexion de première importance non seulement sur la taxation, mais, de façon plus générale, sur « *l'économie morale de la foule* » et démontre que cette notion soulève des réserves si on en fait une solution de rechange à la théorie économique libérale.

<sup>64</sup> Sur la question des émeutes en général, voir l'ouvrage magistral de J. NICOLAS, *La Rébellion française. Mouvements populaires et conscience sociale (1661-1789)*, Seuil, 2002 qui démontre bien que la violence n'est pas aveugle, elle constitue un langage politique du peuple. L'analogie avec la situation actuelle en Europe est frappante. Lorsque les élites imposent aux forçeps une purge à la population qui, à tort ou à raison, n'en voit pas la pertinence – en méprisant les résultats d'un référendum, voire en repoussant l'idée même de la consultation électorale, comme la Grèce a pu en faire l'expérience, sous pression européenne, alors que l'Europe se prétend espace démocratique – alors le peuple donne son opinion par d'autres moyens, moins pacifiques.

indispensable pour assurer l'approvisionnement des villes et des armées, soutenir la politique de puissance de la monarchie<sup>65</sup>.

Ce changement d'échelle, du local au national, passe par l'abandon des politiques traditionnelles de réglementation du marché des céréales et du marché du pain<sup>66</sup>. Le marché traditionnel, survivance de la féodalité, protégeait le consommateur et prévenait le stockage, la spéculation et le profit. Dans l'histoire, deux types de polices, au sens de l'époque de gouvernement ou d'administration, se distinguent, la police du marché et la police de la circulation.

Dans la perspective traditionnelle, les marchands subissent un contrôle sévère. Une déclaration du 31 août 1699 défend de faire le commerce des grains sans autorisation des officiers de justice du roi. Le négociant doit prêter serment et se faire enregistrer au greffe de la justice ordinaire. Interdiction est faite aux laboureurs, aux gentilshommes, aux officiers royaux, mais aussi aux boulangers et aux meuniers d'acheter des grains pour les revendre. Les marchands ne peuvent former entre eux aucune société ni acheter les récoltes sur pieds.

Une série d'obligations pèse sur le producteur. Il doit, sauf exception spécifique pour Paris<sup>67</sup>, vendre au marché. Il ne dispose pas non plus de la liberté de conserver ses récoltes. Une ordonnance du 21 novembre 1577, confirmée par la déclaration du 7 mai 1709, interdit cette conservation pendant plus de deux ans. En temps de disette, des ordres spéciaux ordonnent aux détenteurs de blé de l'exposer à la vente. En cas de résistance, l'administration procède à des visites domiciliaires et les amendes s'abattent sur les récalcitrants.

L'ordonnance du 21 novembre 1577, encore en vigueur au XVIII<sup>e</sup> siècle, interdit la vente par commissionnaires ou facteurs. Le vendeur doit donc accompagner sa marchandise et la vendre lui-même. En mettant vendeur et acheteur face à face, alors qu'il s'agit de voisins, d'habitants d'une même communauté, on espère que les relations personnelles l'emporteront sur le calcul commercial et que le vendeur se montrera disposé à céder sur le prix. Par ailleurs, toute marchandise exposée et non vendue à trois marchés consécutifs sera cédée au troisième, quel que soit le cours du jour. Les entraves à la vente s'accompagnent d'entraves à l'achat. Sur le marché, les professionnels

<sup>65</sup> L. A. TILLY, « La révolte frumentaire, forme de conflit politique en France », *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, 27<sup>e</sup> année, n° 3, 1972, p. 731 et s., spéc. p. 733.

<sup>66</sup> Pour une description détaillée de la réglementation, cf. E. GAUDEMET, *L'abbé Galiani et la question du commerce des blés à la fin du règne de Louis XV*, Arthur Rousseau, 1899, p. 92 et s. et St. L. KAPLAN, *Le pain, le peuple et le Roi [...]*, *op. cit.* (n. 37).

<sup>67</sup> Un arrêt du Conseil du 16 octobre 1708 reconnaît aux marchands de Paris le droit d'acheter directement chez les propriétaires ou fermiers dans tout le royaume. Sur le régime dérogatoire appliqué à Paris, voir l'ouvrage précité de St. L. KAPLAN, *Les ventres de Paris [...]*, *op. cit.* (n. 37).

ne peuvent acheter qu'après les particuliers et un maximum s'impose à leurs acquisitions, par crainte des accaparements.

Autour de Paris une zone de protection, portée à dix lieues, interdit les marchés aux boulangers et marchands en gros. Le blé qui pénètre dans cette zone se trouve pris au piège, Paris devient le seul débouché possible. Ces contraintes s'aggravent de charges diverses : droits d'étalage, de mesurage, de levage, de roulage, par exemple, sont d'origine féodale et reposent sur des titres anciens et obscurs, l'interprétation difficile. Certains d'entre eux sont devenus le monopole des officiers de marché, mesureurs ou porteurs, qui se rémunèrent de l'achat de leurs charges par la perception de ces droits. De multiples péages et douanes intérieures frappent la marchandise.

Pour la circulation des grains à l'intérieur du pays, Claude-Jacques Herbert en 1753<sup>68</sup> retrace l'historique de la réglementation monarchique. Il fait remonter son analyse à l'époque où Saint-Louis revient des croisades après six années d'expédition. En son absence, les baillis et sénéchaux s'étaient arrogés le droit de contrôler la sortie des grains et « *de n'en accorder la traite qu'à certains particuliers, à des conditions aussi avantageuses pour eux, qu'onéreuses pour le public* »<sup>69</sup>. Herbert lie les événements à la féodalité : « *un nouveau genre de possession s'étant établi sous le nom de Fiefs, les seigneurs devenus propriétaires des lieux dont ils n'étaient que les magistrats, soit militaires, soit civils, se crurent en droit d'ordonner des grains* ». L'ordonnance de décembre 1254 interdit cette pratique. Le roi dut renouveler l'interdiction par une ordonnance de 1256. La liberté de circulation, tant intérieure qu'avec l'étranger, est affirmée à nouveau en 1324 et en 1350. Suite à une mauvaise récolte en 1398, une ordonnance du 14 août 1398 défend la sortie des grains du royaume. Mais par lettres du 27 septembre 1398, le Languedoc, qui profite d'une moisson abondante, est dispensé de cette interdiction.

François I<sup>er</sup>, par édit du 8 mars 1539, impose un droit de sortie sur les grains. Les autorités locales les plus diverses s'emparent de cette disposition pour entraver la circulation. Par lettres du 20 juin 1539, le roi condamne ces pratiques, contraires au principe de libre circulation : « *telle chose qui est tant utile, nécessaire, et profitable à toute la chose publique de notre royaume, soit entretenue et gardée par édit perpétuel et irrévocable ; et en ce faisant donner ordre que par le transport et trafics desdits vivres, les pays soient respectivement subvenus en leurs nécessités, et en ce user de la mutuelle communication et amitié que nosdits sujets doivent avoir ensemble, sans occasion de contrariété ou de répugnance en un même corps politique ; les pays et les provinces duquel comme*

<sup>68</sup> *Essai sur la police générale des grains, sur ses prix et sur les effets de l'agriculture*, Paris, 1753. J'utilise la version établie par E. DEPITRE, Librairie Paul Geuthner, 1910, qui reprend l'édition de 1755. L'historique de la réglementation de la circulation des grains se trouve au chapitre « Permissions », p. 24 et s.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 25.

*membres vivants et régis sous un chef, doivent subvenir et aider les uns aux autres* »<sup>70</sup>. Le principe de libre circulation intérieure est rappelé de façon régulière : le 4 février 1567, en juin 1571 et le 21 novembre 1577. Sous Louis XIII, des lettres patentes du 30 septembre 1631 défendent la sortie des blés hors du royaume et « *permirent néanmoins pour le bien des sujets, de les transporter de Province à Province, pour s'en secourir et assister* ». Herbert conclut cet historique de la réglementation en observant que la sortie des grains du royaume a pu être défendue en période de disette. Mais qu'on ne trouve pas une seule ordonnance « *qui, loin de gêner la circulation intérieure, ne s'accorde à la faciliter* ».

La déclaration du 31 août 1699 bouleverse cette longue tradition. Deux années consécutives de stérilité, en 1692 et 1693, provoquent la famine entre octobre 1693 et juillet 1694. Les effets conjugués de la faim et de la maladie produisent une mortalité considérable, estimée entre un million et demi et 2 millions de morts, soit autant que la Première Guerre mondiale mais pour un pays deux fois moins peuplé<sup>71</sup>. La déclaration intervient donc dans des circonstances dramatiques. À la différence des dispositions royales antérieures, le texte ne dit rien de la circulation intérieure. L'article 7 exempte de permission et d'enregistrement les mesures d'importations « *et ceux qui voudraient en faire sortir en temps d'abondance, en vertu des permissions générales et particulières qui seront accordées* ». À cette occasion, note Herbert, « *on ne s'explique pas sur la communication intérieure, et on commença à croire, que les permissions particulières étaient nécessaires dans les provinces* ». Une pratique s'établit (mais avait-elle jamais disparu ?) : toute circulation de blé entre les provinces est interdite. Cette pratique administrative restrictive ne fait pas de doute. Au cours de la dernière grande famine, consécutive à un hiver polaire en 1709, deux arrêts consécutifs des 25 août et 21 septembre rétablissent la liberté de circulation intérieure « *sans qu'il fût nécessaire d'en donner avis, ni d'observer aucune des formalités ordinairement prescrites* »<sup>72</sup>. Dans la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, les autorisations de libre circulation en franchise succèdent aux interdictions<sup>73</sup> et chaque intendant ou subdélégué interprète le texte à sa manière.

En matière de commerce extérieur, une tradition presque constante depuis le XIII<sup>e</sup> siècle soumet, en fonction des circonstances, l'exportation à des règlements restrictifs<sup>74</sup>. En juin 1571, Charles IX déclare que l'autorisa-

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>71</sup> Sur ces années de misère, le « *grand hyver du roi* », voir, par exemple, J. CORNETTE, *Absolutisme et Lumières, 1652-1783*, Hachette, 6<sup>e</sup> éd., 2012, p. 139 et s., ainsi que la bibliographie citée.

<sup>72</sup> HERBERT, *op. cit.* (n. 68), p. 29.

<sup>73</sup> Pour la chronologie, voir E. GAUDEMET, *op. cit.* (n. 66), p. 97, note 1.

<sup>74</sup> Une ordonnance du 31 mars 1277 interdit l'exportation. L'ordonnance du 13 décembre 1324 autorise cette exportation sur permission spéciale.

tion d'exporter est un droit régalien et ne peut résulter que d'une permission particulière. Dans les premières années du XVIII<sup>e</sup> siècle et jusqu'en 1709, l'exportation est permise et largement pratiquée. La famine de l'hiver provoque une interdiction absolue prolongée pendant cinq ans. Entre 1715 et 1719 l'exportation est autorisée et le 13 mars 1720 un arrêt du Conseil renouvelle la permission sans limite de temps mais en imposant des droits de sortie élevée. En 1723, la prohibition se trouve rétablie, mais certaines provinces ou certains ports, La Rochelle ou Marseille par exemple, obtiennent des permissions spéciales. Cette législation très touffue subsistera jusqu'à la réglementation libérale de 1764. Les importations, depuis le tarif de 1664, sont soumises à un droit très faible. En 1740, les droits sont supprimés et les grains rentrent en franchise sur le territoire.

Le prix du pain obéissait à la fin du Moyen Âge à une réglementation tout aussi complexe. Dans chaque commune le prix du pain était fixé d'après le prix du blé. Ce prix s'imposait sur les marchés et chez les boulangers. Cette tarification autoritaire disparaît à Paris dès 1430, ailleurs au XVI<sup>e</sup> siècle. La police répugne à fixer elle-même le prix des denrées, elle trouve la mesure inopportune et, de surcroît, inapplicable. En effet, explique Delamare, le grand expert de la police au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, cette mesure risque d'interrompre la circulation des grains en détruisant le mobile principal du commerce, la réalisation d'un gain. Comme le commerce est le mode d'approvisionnement principal, il doit être libre, quitte à élaborer une réglementation adaptée à cette liberté de principe<sup>75</sup>.

Des raisons de police expliquent aussi la prise en main par le pouvoir monarchique de la police de la subsistance. Nicolas Delamare consacre un volume entier du célèbre *Traité de la Police*<sup>76</sup> (1719) à la matière des subsistances. Dans l'ouvrage, il expose les résultats d'une enquête qu'il avait menée auprès des administrateurs locaux sur la question de la taxation, c'est-à-dire la fixation du prix par les autorités administratives. Il en ressort clairement que l'administration de l'ancien régime était trop faible pour imposer efficacement cette fixation des prix. Par ailleurs, le contrôle du commerce interdisait *de facto* la circulation des grains. Au tout début du XVIII<sup>e</sup> siècle, Boisguilbert<sup>77</sup> ou Vauban<sup>78</sup>, bien avant les physiocrates, suggèrent la libération du commerce des grains.

Cette idée, largement partagée par les élites, se heurte en période de tension à « *l'économie morale de la foule* », selon l'expression aujourd'hui consacrée. Cette économie morale est une représentation traditionnelle du

<sup>75</sup> Voir St. L. KAPLAN, *Le pain, le peuple et le Roi [...]*, op. cit. (n. 37), p. 71 et s.

<sup>76</sup> Le 1<sup>er</sup> volume paraît en 1707, le 4<sup>e</sup> et dernier paraît à titre posthume en 1738.

<sup>77</sup> *Factum de la France*, 1705, dans E. DAIRE, *Économistes français du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, Guillaumin, 1843.

<sup>78</sup> *Projet d'une dîme royale*, 1707, dans E. DAIRE, op. cit. (n. 77).



rôle social de la monarchie, conçue comme paternaliste et protectrice, et du rôle respectif des producteurs, des consommateurs, des marchands et de l'administration. Cette économie morale reposait sur trois principes. D'abord, maintenir un bas prix du pain en contrôlant et réglementant la vente par la taxation des céréales en cas de besoin. Ensuite, rechercher les réserves de grains pour les réquisitionner et les vendre de force sur le marché. Enfin, empêcher toute sortie de céréales d'une région tant que les besoins locaux n'étaient pas satisfaits à un prix acceptable. C'est ce troisième principe qui rentre en collision avec la volonté gouvernementale de libre circulation pour construire un marché national, voire international, des céréales.

Les paysans peuvent passer pour les oubliés de l'histoire, disait-on tantôt. Ne serait-ce pas aussi parce que les idées victorieuses devenues dominantes, comme une seconde nature de l'homme contemporain, occultent les idées défaites ? L'article d'Edward Thompson sur l'économie morale de la foule permet la résurrection de l'univers mental des gens de peu de l'époque. Mais autorise aussi l'importation des méthodes de la sociologie en histoire contre l'historiographie quantitative qui repose, implicitement au moins, sur la vision étriquée de l'homme économique, facteur ultime d'explication de l'homme social. Dans cette contribution majeure, l'auteur, contre « *le réductionnisme économique grossier* », reconstitue la « *vision traditionnelle et cohérente des normes sociales, des obligations et des fonctions économiques propres des différentes composantes de la communauté* »<sup>79</sup>. La nouvelle théorie politique, l'économie politique si l'on veut, qui s'élabore au XVIII<sup>e</sup> siècle sape cet ordre ancien.

## II. LA CONSTRUCTION D'UN RÉFÉRENTIEL NOUVEAU

Les révoltes frumentaires du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle apparaissent clairement comme les conséquences de la nationalisation des problèmes économiques. Elles prolongent les révoltes d'autrefois contre l'impôt et contre la centralisation antérieure à la Fronde<sup>80</sup>. La localisation très claire de ces révoltes dans les régions productrices, autour des grandes villes, Paris et Lyon en premier lieu, montre bien qu'elles répondent aux problèmes de distribution posés par la création d'un marché national. Au XVIII<sup>e</sup> siècle la croissance démographique – la population du royaume passe de 22 à 28 millions d'habitants entre le début du

<sup>79</sup> Edward E. THOMPSON, art. cit. (n. 34), p. 34.

<sup>80</sup> J. NICOLAS, *La Rébellion française. Mouvement populaire et conscience sociale, (1661-1789)*, Seuil, 2002.



règne de Louis XV et la fin de celui de son successeur – exerce une pression sur les prix qui ne cessent de monter dans cette période.

Les émeutes s'insèrent dans une conjoncture pessimiste de fin de siècle et de fin de règne, voire de fin d'un monde, « *la fin tragique du XVII<sup>e</sup> siècle* » selon l'expression bien connue par les historiens de Pierre Goubert. Les prix, notamment du blé, la production et les revenus ne cessent de baisser. Les rentes restent, pour l'instant, les seuls revenus stables et protégés. La masse du peuple et même la petite bourgeoisie se trouvent placées dans une situation de très grande précarité qui se transforme en détresse à la moindre crise. Disette, voire famine, en 1694 et 1698, puis en 1710 et 1713 qui propagent leurs effets dans tous les secteurs du pays. Comme à chaque période de crise, certains trouvent l'occasion de s'enrichir par la concentration, en absorbant leurs concurrents en position délicate : les manufacturiers, les propriétaires terriens et les financiers qui s'enrichissent en finançant la guerre et par des prêts à l'État. Dans une société d'ordres, qui est déjà structurellement inégalitaire, la cohésion sociale menace d'éclater tant les mondes sociaux s'éloignent les uns des autres.

Ces crises endémiques s'ajoutent à un délitement des représentations anciennes. Avec la perte consommée par l'Église catholique du quasi-monopole religieux, les querelles de religion paraissent bien anachroniques. L'absolutisme peine à réaliser ses ambitions. Il se heurte aux intérêts les plus résistants de la monarchie car ils en constituent le soubassement même. Les Parlements résistent avec la dernière énergie aux tentatives de centralisation et de rationalisation de l'appareil administratif<sup>81</sup>. L'aristocratie fait payer le prix de sa domestication en s'opposant, par exemple, à la réforme fiscale alors qu'il est non seulement injuste d'exonérer, totalement ou presque, les plus opulents de la charge fiscale mais aussi et surtout contreproductif du point de vue de la création de richesse. Il devient économiquement, socialement aussi bien sûr, raisonnable de transformer ses capitaux en rentes sur l'État, ce qui prive d'autant l'économie de capitaux dont elle a pourtant un cruel besoin dans une période de pénurie monétaire généralisée.

Pour assurer leur permanence, l'État et les élites qui le dominent doivent bien se résoudre au changement. Ces politiques d'aménagement de la domination supposent qu'une direction soit donnée à l'action réformatrice. La réforme, comme toute action politique, suppose d'élaboration d'un référentiel entendu, par Pierre Muller notamment, comme un cadre d'interprétation qui « *délimite des valeurs, des normes*

<sup>81</sup> M.-L. LEGAY, *Les États provinciaux dans la construction de l'État moderne au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Droz, 2001. L'ouvrage démontre qu'à partir du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle les États provinciaux, là où ils subsistent, collaborent de façon de plus en plus active, avec le pouvoir central.

et des relations causales qui s'imposent comme un cadre cognitif et normatif pour les acteurs engagés dans la confrontation de leurs intérêts ». En effet, « les rapports de force ne s'expriment pas par la simple confrontation brute des intérêts, mais à travers des stratégies d'argumentation destinées à rendre légitimes les revendications »<sup>82</sup>. S'il s'agit moins d'un corpus parfaitement structuré et cohérent, que d'un espace de sens partagé, le référentiel permet, d'une part, l'interprétation du réel et, d'autre part, il fournit un répertoire d'actions aux agents en leur offrant des modèles de rechange<sup>83</sup>.

La science économique qui se construit au XVIII<sup>e</sup> siècle pourrait être qualifiée de science économique de l'État central, ou, plus exactement, de science économique de l'État centralisateur. Le libéralisme prolonge directement le mercantilisme<sup>84</sup>. Il est assez ironique de voir comment les thuriféraires du néolibéralisme retournent une pensée d'État contre l'État lui-même par mépris de l'histoire. Il est donc instructif d'analyser l'émergence de cette science d'État qui se construit contre l'économie morale de la foule et à laquelle la foule résiste.

Dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle – à la fin du trop long règne de Louis XIV, marqué par les dernières grandes famines dévastatrices alors que le peuple se trouve harassé par de trop longues années de guerre – les plus grands personnages de l'État prennent conscience de la nécessité d'une réorganisation de l'appareil de l'État. Vauban<sup>85</sup>, depuis des décennies, qui parcourt le royaume dans tous les sens et qui provient de la petite noblesse provinciale désargentée, se montre particulièrement sensible à cette misère sociale. Il propose donc une réforme du système fiscal et, à l'occasion, prône la libre circulation des grains comme remède à la disette<sup>86</sup>, réformes indispensables pour « sauver le royaume »<sup>87</sup>, ce qui lui vaudra de terminer en disgrâce. Vauban ouvre l'ère des administrateurs,

<sup>82</sup> « Esquisse d'une théorie du changement dans l'action publique. Structures, acteurs et cadres cognitifs », *Revue française de science politique*, vol. 55, n° 1, février 2005, p. 7.

<sup>83</sup> Pour une application de cette analyse, voir A. BERNARD et F. RIEM, « Les régulations financières », in L. BOY, J.-B. RACINE et J.-J. SUEUR (éds.), *Pluralisme juridique et effectivité du droit économique*, Éditions Larcier, 2011, p. 121 et s.

<sup>84</sup> Voir particulièrement Chr. LAVAL, *op. cit.* (n. 10). L'auteur écrit, par exemple, que le mercantilisme a développé très tôt « une argumentation favorable à la liberté du commerce et de l'intérêt privé, regardés comme des facteurs de puissance ». Les auteurs mercantilistes « ont souligné l'importance de l'intérêt personnel dans la production du bien général de la nation » (p. 64). Autorité publique et satisfaction des intérêts privés ne sont plus inconciliables « la puissance et la stabilité de l'État supposent la prospérité des sujets et celle-ci réclame l'obéissance au souverain » (p. 67).

<sup>85</sup> Sur VAUBAN, voir particulièrement M. VIROL, *Vauban. De la gloire du roi au service de l'État*, Champ Vallon, 2003.

<sup>86</sup> *La dîme royale*, avec une présentation de J.-M. DANIEL, L'Harmattan, 2004 (la première édition date de 1707).

<sup>87</sup> L'expression est de M. VIROL, *op. cit.* (n. 85), p. 341.

réformateurs inspirés (A), qui précède l'époque des écoles puisque la physiocratie (C) succède à la science du commerce (B).

## A. Galerie de portraits

– Pierre de Boisguilbert

L'un de ses interlocuteurs de Vauban, Pierre de Boisguilbert, mérite une attention toute particulière. Moins célèbre que le maréchal, il occupe néanmoins des fonctions importantes au sein de l'administration monarchique. Fils d'un avocat général à la Cour des Comptes de Normandie, Il achève sa scolarité chez les célèbres Messieurs de Port-Royal et poursuit par des études de droit à l'université de Paris avant de revêtir la robe de l'avocat. Puis il devient magistrat, conseiller du roi, président et le lieutenant général au baillage et siège du présidial de Rouen. En 1699, victime des « *affaires extraordinaires* », il acquiert la charge nouvellement créée de lieutenant de police. À ce titre, il assume notamment la « *police des grains* », police au sens de l'époque de « *gouvernement* » ou « *d'administration* ».

L'homme, « *un Alceste fin de règne* », dit de lui Gilbert Faccarello<sup>88</sup>, produit une œuvre qui reste difficile à évaluer même pour les spécialistes les plus éminents de l'histoire de la pensée économique<sup>89</sup>. Outre son apport à l'analyse économique, il développe une « *sociologie économique, d'esprit presque marxiste* »<sup>90</sup>, en opposant deux classes sociales, qui se constituent après la Chute provoquée par le péché originel, conviction religieuse qui oriente sa réflexion. D'une part, une classe oisive s'impose par la violence, s'approprie l'essentiel des richesses en recherchant l'accumulation de l'argent. D'autre

<sup>88</sup> Aux origines de l'économie politique libérale : Pierre de Boisguilbert, 2<sup>e</sup> édition électronique, 1999, disponible sur le site de l'auteur (1<sup>re</sup> éd., Anthropos, 1986), p. XI de la version électronique. Pour un non-spécialiste, Boisguilbert est difficile à lire – textes réunis dans : *Pierre de Boisguilbert ou la naissance de l'économie politique*, INED, 1966. De façon générale, les ouvrages d'histoire de la pensée qui supposent un auteur intermédiaire entre le texte et le lecteur, auteur surchargé, qui plus est, de toute l'histoire de la discipline, constituent des sources qu'il faut utiliser avec prudence. Le livre de G. FACCARELLO constitue un modèle de ce type d'ouvrage en évitant ce piège. Certes il déconstruit une œuvre foisonnante pour en proposer sa propre interprétation, mais sans lui, la lecture de l'original par un amateur laisse échapper beaucoup de son intérêt. Mais surtout, G. FACCARELLO donne de nombreuses et longues citations de l'original, ce qui permet au lecteur de se faire sa propre opinion. M. HERLAND, « Aux origines du libéralisme. De Boisguilbert aux économistes », *Revue économique*, vol. 39, n° 3, 1988, p. 679. Voir également de G. FACCARELLO, « La 'liberté du commerce' et de la naissance de l'idée de marché comme lien social », publié dans Ph. NEMO et J. PETITOT (éds.), *Histoire du libéralisme en Europe*, PUF, 2006, p. 205 et s.

<sup>89</sup> J. A. SCHUMPETER, *op. cit.* (n. 3), p. 302, note 1, avoue avoir changé d'opinion après une deuxième lecture.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 303.

part, la classe productive subit la nécessité de travailler et la misère<sup>91</sup>. Chez Boisguilbert, la réflexion économique ne se détache pas d'une analyse sociale et d'une conviction religieuse, le jansénisme : elle reste encore encadrée dans ces deux sphères.

La pensée janséniste marque profondément la recomposition des valeurs qui s'opère au XVII<sup>e</sup> siècle, le passage des passions aux intérêts<sup>92</sup>, et la vie de la société française jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>93</sup>. Fortement inspiré de Saint-Augustin, le jansénisme considère que, depuis le péché originel, l'amour de Dieu a été remplacé par l'amour de soi, l'intérêt et la concupiscence. Dès lors, la nature humaine est tellement corrompue que la vertu n'est qu'une apparence trompeuse qu'il faut démasquer en développant une anthropologie du soupçon. Au plan religieux, l'âme humaine ne saurait, par ses propres moyens, mériter le salut. Seule la « *grâce efficace* » permet aux hommes de racheter le péché originel à condition, de plus, que l'homme mène une vie irréprochable. Comment, si chacun poursuit aveuglément son propre intérêt, construire une communauté ? La solution consiste à transformer les vices individuels en vertus sociales, à tirer l'ordre social de la concupiscence. Si certaines nuances du jansénisme, résolument pessimistes, comme chez Blaise Pascal, prônent un retrait hors du monde, d'autres sont moins radicales, plus « *centristes* », chez Pierre Nicole ou Jean Domat. Encore imprégnées de la pensée thomiste, ces conceptions se fondent sur l'idée que les liens du chrétien avec le monde procèdent nécessairement de l'amour de Dieu. Il existerait donc des lois naturelles susceptibles de perfectionner le monde, d'atténuer les effets du péché<sup>94</sup>.

En effet, à l'état de péché, les hommes ne sont pas autosuffisants, mais interdépendants les uns des autres. Le travail, considéré comme une pénitence générale, permet de satisfaire ces besoins. Comme l'état de péché

<sup>91</sup> Sur la construction des catégories sociales (classes ?) chez Boisguilbert, voir J.-Cl. PERROT, « Portrait des agents économiques dans l'œuvre de Boisguilbert », in J. HECHT, *Boisguilbert parmi nous*, INED, 1989, p. 141 et s. Boisguilbert montre que les pauvres sont à l'origine de la richesse dans sa théorie de la division du travail.

<sup>92</sup> Selon la démonstration célèbre d'A. HIRSCHMAN. J'adopte ici la thèse de J.-Cl. PERROT (art. cit. [n. 91], p. 149 et s.) qui démontre que cette « *puissante matrice théologique* » du temps constitue le « *milieu nourricier* » de notre auteur et de G. FACCARELLO d'une influence déterminante de la pensée religieuse sur l'analyse économique en voie de constitution. La démonstration se retrouve également chez Chr. LAVAL, par exemple, qui souligne le paradoxe de la promotion de l'intérêt qui s'enracine dans la critique religieuse et morale de la vanité du moi. Voir Chr. LAVAL, *op. cit.* (n. 10), p. 79 et s. ; ou chez J.-Y. GRENIER, *op. cit.* (n. 7), p. 138 et s.

<sup>93</sup> Sur le jansénisme, l'ouvrage de R. TAVENEAU est très utile, *Jansénisme et politique*, Armand Colin, 1965 ; pour la période du XVIII<sup>e</sup> siècle, voir l'ouvrage magistral de C. MAIRE, *De la cause de Dieu à la cause de la nation. Le jansénisme au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Gallimard, 1998 ; ou N. LYON-CAEN, *La Boîte à Pérette. Le jansénisme parisien au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Albin Michel, 2010, qui montre qu'une fraction importante de la bourgeoisie parisienne figure parmi les soutiens actifs du jansénisme.

<sup>94</sup> R. TAVENEAU, *op. cit.* (n. 93), p. 22 et s.

multiplie les besoins à l'infini, l'interdépendance conduit à l'association, mais la concupiscence produit un effet exactement inverse. Afin d'obtenir d'autrui ce qu'il désire, l'homme camoufle son intérêt sous l'amour d'autrui, le désintéressement est la grande ruse de l'intérêt.

Étonnamment, c'est Pierre Nicole qui, un siècle avant Adam Smith et « *la bienveillance du boucher, du marchand de bière ou du boulanger* », formule la règle fondamentale du libéralisme économique de marché. Il mérite donc d'être cité longuement, tant il condense toute la philosophie du libéralisme économique : « *il faut considérer que les hommes étant vides de charité par le dérèglement du péché, demeurent néanmoins pleins de besoin, et sont dépendants les uns des autres dans une infinité de choses. La cupidité a donc pris la place de la charité pour remplir ces besoins, et elle le fait d'une manière que l'on n'admire pas assez, et où la charité commune ne peut arriver. On trouve par exemple presque partout en allant à la campagne, des gens qui sont prêts à servir ceux qui passent, et qui ont des logis tout préparés à les recevoir. On en dispose comme on veut. On leur commande ; et ils obéissent. Ils croient qu'on leur fait plaisir d'accepter leurs services. Ils ne s'excusent jamais de rendre les assistances qu'on leur demande. Qu'y aurait-il de plus admirable que ces personnes s'ils étaient animés de la charité ? C'est la cupidité qui les fait agir, et qui les fait de si bonne grâce, qu'elle veut bien qu'on lui impute comme une faveur de l'avoir employée à nous rendre ses services. Quelle charité serait-ce que de bâtir une maison toute entière pour un autre, de la meubler, de la tapisser, de la lui rendre la clé à la main ? La cupidité le fera gaiement. Quelle charité d'aller quérir des remèdes aux Indes, de s'abaisser aux plus vils ministères, et de rendre aux autres les services les plus bas et les plus pénibles ? La cupidité fait tout cela sans s'en plaindre* »<sup>95</sup>. Il décrit, avant Mandeville et Smith, une société auto-régulée par la cupidité. L'intérêt, condamnable au plan moral et religieux, ne corrompt pas le lien social. Tout au contraire, il le fonde.

Boisguilbert puise clairement dans cette matrice théologique puisqu'il reprend, presque mot à mot, l'exemple de Nicole en remplaçant seulement l'aubergiste par un cabaretier. Pour l'essentiel et sur le plan politique, avec le courant du jansénisme, la cohésion de la société repose moins sur le politique que sur les activités de marché et d'échange. L'interdépendance entre les agents résulte d'un circuit économique qui satisfait les besoins par de multiples relations d'échange. Boisguilbert développe une théorie de la monnaie, destiné à faciliter les échanges, mais qui peut les perturber en cas de thésaurisation. Notre auteur traduit la notion de Providence, au sens d'ordre instauré par Dieu pour le fonctionnement du monde, en termes de concurrence, loi générale régulatrice de l'économie. Elle suppose la présence

<sup>95</sup> P. NICOLE, *De l'éducation d'un prince. Divisée en trois parties, dont la dernière contient divers Traités utiles à tout le monde*, V<sup>re</sup> Charles Savreux, 1670 (disponible sur le site Gallica), p. 203 et s.

d'une quantité d'acheteurs, d'une quantité de vendeurs mais aussi de « *beaucoup de marchandises* ». Seule une concurrence élargie et une concurrence entièrement libre peut faire entendre raison aux passions opposées : « *il n'est pas question d'agir, il est nécessaire seulement de cesser d'agir avec une très grande violence que l'on fait à la nature, qui tend toujours à la liberté et à la perfection* »<sup>96</sup>. L'État ne doit donc que veiller au respect des conditions de la concurrence, « *il ne fournit plus les règles du jeu : il arbitre une partie qui lui est imposée* »<sup>97</sup>.

Le marché des céréales obéit à une logique identique. Boisguilbert développe ses conceptions dans le *Traité de la nature, culture, commerce et intérêt des grains, tant par rapport au public qu'à toutes les conditions d'un État. Divisé en deux parties. Dont la première partie fait voir que plus les grains sont à vil prix, plus les pauvres, surtout les ouvriers, sont misérables. Et la seconde, que plus il sort de blés d'un royaume, et plus il se garantit des funestes effets d'une extrême disette*<sup>98</sup>. L'ouvrage dresse le constat navrant de l'inefficacité de la réglementation pourtant inspirée par la meilleure volonté, par la charité. En espérant soulager la misère du peuple par le faible prix, le gouvernement dérègle tout le circuit. En effet, l'absence d'élasticité de la consommation de grains, sa stabilité malgré la hausse des prix, produit une inflation du prix sans commune mesure avec la diminution de la récolte. Le consommateur consacre à l'achat du pain une proportion de plus en plus importante de son faible revenu, délaissant par nécessité les consommations non céréalières. Les mouvements brusques des prix produisent l'instabilité et les crises, ce que la réglementation cherche pourtant à éviter : effet pervers diabolique.

La liberté du commerce produit des effets inverses, elle tend un piège aux spéculateurs, en jouant sur un ressort essentiel du marché : les anticipations des acteurs. Sachant que règne la liberté de circulation des grains, vendeurs et acheteurs tiennent compte de cette éventualité, même si elle ne se réalise que dans de rares hypothèses. En période d'abondance, le marché ne se trouve pas en excès d'offre, le grain peut toujours être déplacé. Cette éventualité pèse également sur les anticipations des acheteurs qui ne pousseront pas trop loin leur avantage, sachant que les producteurs peuvent décider d'exporter. À l'inverse, en période de disette, les offreurs modèrent leurs prétentions puisque la marchandise pourrait bien être importée. De même, les acheteurs cèdent moins facilement à la panique sachant que le secours peut provenir du dehors. Le commerce international produit des effets identiques.

Cela revient-il à prescrire une abstention totale à l'État ? Certainement pas car il doit intervenir en deux circonstances. D'une part, l'information

<sup>96</sup> BOISGUILBERT, cité par G. FACCARELLO, art. cit. (n. 88), p. 20 de la version électronique disponible sur le site de l'auteur.

<sup>97</sup> G. FACCARELLO, *Aux origines [...]*, op. cit. (n. 88), p. 165.

<sup>98</sup> P. 827-878, vol. 2, dans l'édition de l'INED.

ne circule pas de façon instantanée et les mouvements de marchandises supposent du temps. Il faut donc aménager des mesures transitoires. D'autre part des événements extérieurs, les guerres par exemple, perturbent le cours du commerce. L'État doit donc veiller au maintien des conditions de l'équilibre. Cette prescription suppose que le gouvernement soit omniscient, ou au moins beaucoup mieux informé que les acteurs du marché<sup>99</sup>. Ainsi informé, il agit par des mesures conjoncturelles, l'ouverture de quelques magasins de blés en des endroits stratégiques du territoire par exemple. Dispositions d'une portée réelle limitée à quelques muids, mais auxquelles il s'agit de donner un maximum de publicité pour influencer les anticipations et les comportements des agents.

Boisguilbert réussit, seul ou presque, isolé dans son bocage normand mais au contact des plus démunis par ses fonctions, un exploit intellectuel<sup>100</sup>. Il construit un référentiel de rechange d'un seul coup d'un seul : il livre un diagnostic, propose une thérapeutique et les modalités de son application. Mais tout projet de réforme contient toujours, plus ou moins, une charge révolutionnaire. L'inspiration janséniste, dans un pays où l'Église et l'État sont solidaires, sent déjà le soufre : à l'époque « *toute nouveauté en matière de religion crée un parti, c'est-à-dire une division dans la nation* »<sup>101</sup>. Boisguilbert ajoute une critique virulente de l'État monarchique, qui lui vaudra l'exil, et de l'ordre social. L'éloge de la concurrence, la célébration de l'état de nature, l'harmonie des intérêts personnels et des intérêts collectifs, la solidarité et de l'interdépendance, grâce à la division du travail, la richesse nationale fondée sur la consommation des masses plutôt que sur le luxe des grands<sup>102</sup>, tout cela renverse l'ordre de l'État monarchique assis sur le privilège, et donc le monopole ; sur la propriété, découlant de l'occupation féodale militaire ; reposant, enfin, sur l'oisiveté de la classe dominante.

<sup>99</sup> G. FACCARELLO, *Aux origines [...], op. cit.* (n. 88), p. 238. Sur ce point, l'économie politique, néolibérale surtout, change radicalement de représentation, avec HAYEK par exemple. Alors que la fonction publique s'est accrue de façon considérable depuis l'époque et que l'information est largement disponible, le postulat néolibéral, car il ne s'agit que d'un postulat et non qu'une démonstration, d'une parfaite information du marché et d'une infirmité de l'administration, demanderait à être soigneusement vérifié.

<sup>100</sup> J. HECHT, « Pierre de Boisguilbert ou la naissance de l'économie politique. Présentation d'une publication de l'INED », *Population*, 22<sup>e</sup> année, n° 1, 1967, p. 111 et s.

<sup>101</sup> TAVENEAUX, *op. cit.* (n. 93), p. 16.

<sup>102</sup> MONTESQUIEU dans *L'Esprit des lois*, reprend la même idée. Il oppose le commerce dans le gouvernement d'un seul (la monarchie) au commerce dans le gouvernement de plusieurs (les républiques) et il écrit : « *dans le gouvernement d'un seul, il est ordinairement fondé sur le luxe ; et, quoi qu'il le soit aussi sur les besoins réels, son objet principal est de procurer à la nation qui le fait tout ce qui peut servir à son orgueil, à ses délices et à ses fantaisies. Dans le gouvernement de plusieurs, il est plus souvent fondé sur l'économie* ». Il continue en affirmant : « *règle générale : dans une nation qui est dans la servitude, on travaille plus à conserver qu'à acquérir ; dans une nation libre, on travaille plus à acquérir qu'à conserver* » (Livre XX, chap. IV).



Faut-il s'étonner que cette philippique provienne du cœur de l'État ? Sans doute pas si on considère le statut des fonctionnaires de l'époque. Les officiers achètent une part de l'État, à la différence des intendants, par exemple, totalement dépendants du gouvernement. Cette position les intéresse directement au fonctionnement de l'administration dont ils ont la charge. À l'occasion, ils se rémunèrent sur les usagers. Usagers qui, par ailleurs, sont dépourvus de tout moyen de représentation politique et dont il faut bien obtenir un minimum de consentement à la domination. Les officiers sont les premiers intéressés au projet de « *sauver le royaume* », pour reprendre l'expression de Vauban. Tout au long de la première moitié du siècle, les administrateurs éclairés affirment des idées libérales. Étienne de Silhouette, futur contrôleur général des finances publie en 1729 un petit opuscule sur la Chine<sup>103</sup> qui utilise Confucius pour défendre l'idée d'un ordre naturel, alibi rituel à la pensée libérale.

— Jean-François Melon

Jean-François Melon, après des études de droit, devient inspecteur des Fermes générales à Dax. Il poursuit ensuite une carrière à Paris, occupant diverses fonctions dans la haute administration, comme conseiller personnel du Régent, ou premier commis de Law par exemple. En 1734, il publie l'*Essai politique sur le commerce*<sup>104</sup> « *que l'on peut considérer comme le premier traité d'économie politique élaboré de façon systématique publié en France* »<sup>105</sup>. Dans le chapitre II, *Du blé*, il ne démontre pas une grande originalité. À la suite de Savary, il déplore la diversité des poids et mesures qui entravent inutilement les opérations commerciales<sup>106</sup>. S'agissant du commerce des blés il affirme : « *la plus grande des maximes et la plus connue, c'est que le commerce ne demande que liberté et protection ; et si la liberté à quelque restriction dans les blés, elle doit être dans toute son étendue pour les autres denrées et marchandises* »<sup>107</sup>. Cette opinion doit être mise en relation avec le chapitre XI de l'ouvrage consacré à la liberté du commerce. Melon ne défend pas le libéralisme économique au sens du XIX<sup>e</sup> siècle. Il explique que la liberté ne signifie pas de licence. Le « *commerce politique* », c'est-à-dire le commerce envisagé du point de vue du prince qui cherche à l'utiliser à ses propres fins, configure et conditionne la liberté du commerce à proprement parler, la liberté considérée du point de vue du commerçant.

**103** *Idee générale du gouvernement et de la morale des Chinois*, disponible sur le site Gallica.

**104** Cité ici dans l'édition publiée par E. DAIRE en 1843, disponible sur le site Gallica.

**105** J.-Y. GRENIER, *op. cit.* (n. 7), p. 159 ; S. MEYSSONNIER, *op. cit.* (n. 10), p. 64.

**106** J.-Y. GRENIER, *op. cit.* (n. 7), p. 714 et s.

**107** *Ibid.*, p. 716 et s.



Melon résume la position de bien des administrateurs éclairés de l'époque. Si la liberté de circulation intérieure des céréales reste un objectif, elle nécessite toutefois quelques entorses en fonction de « *leur disette ou leur abondance, leur cherté ou leur bon marché* », variations qui « *ne sauraient être que momentanées, et de peu de conséquence* »<sup>108</sup>. L'instauration d'un monopole en faveur de quelque particulier, conduit le commerçant à l'oisiveté et « *l'avidé privilégié, avec tous ses avantages, vendra plus cher, et peut-être obtiendra des indemnités* »<sup>109</sup>. Le principe de liberté de circulation n'admet que des entorses limitées. Mais Melon joue surtout un rôle charnière dans la rupture entre l'ordre religieux ou moral et « *l'ordre de la concupiscence* ». Seul ce dernier serait conforme à la nature humaine et il serait supérieur, même sur le plan moral, à toute emprise religieuse ou éthique sur le comportement de l'homme. Le bonheur de l'humanité peut se réaliser sur terre. Le bonheur et la prospérité règneront « *non pas en dépit mais du fait même des défauts humains* »<sup>110</sup>. L'influence de l'augustinisme se répand et réactualise le thème ancien de l'utilité du mal.

— *Claude Dupin*

Dans cette galerie de portraits d'administrateurs réformateurs, Claude Dupin occupe une place singulière. Fermier général mais de basse extraction, outrageusement enrichi par ses fonctions qu'il doit à la protection du célèbre banquier Samuel Bernard<sup>111</sup>, il passe à la postérité pour avoir employé comme secrétaire Jean-Jacques Rousseau et pour avoir polémique avec Montesquieu.

En 1742 il avait présenté, manuscrit, au ministre des Finances un *Mémoire sur les bleds*<sup>112</sup>, qui sera par la suite publié dans le recueil des écrits du fermier général. Le mémoire commence par constater une situation paradoxale : les années d'abondance, le faible prix des blés réduit encore les revenus de la terre. En conséquence les salaires des ouvriers agricoles sont extrêmement bas, la population rurale, misérable, ne se reproduit pas et bon nombre de

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 717.

<sup>110</sup> Chr. LAVAL, *op. cit.* (n. 10), p. 108. Sur ce renversement des valeurs, voir, particulièrement, S. MEYSSONNIER, *op. cit.* (n. 10), p. 61 et s.

<sup>111</sup> S. BERNARD, issu d'une famille de peintres, a commencé une carrière commerciale dans le négoce de tissu. Il développe ses activités selon le modèle du grand capitaliste de l'époque en investissant dans tous les secteurs, traite négrière ou négoce de blé dans les périodes de famine qui marquent la fin du règne de Louis XIV, mais surtout comme banquier de la monarchie. À ce titre, il se tire d'une banqueroute grâce au soutien de l'État. Autrement dit, depuis lors, les choses ne changent pas beaucoup : les créanciers tiennent les États faibles sous leur domination. Claude Dupin épouse en secondes noces la fille illégitime de son protecteur.

<sup>112</sup> Le *Mémoire* est publié dans le recueil des œuvres de Cl. DUPIN, *OEconomiques*, 1745, j'utilise la version publiée par M. AUCUY, Marcel Rivière, 1913, p. 145 et s.

terres demeurent en friche<sup>113</sup>. Il explique la situation par la surproduction moyenne de grains. Tous ces maux, si sensibles à l'État qui perd la faculté d'accroître les recettes fiscales et doit renoncer à l'espoir d'augmenter sa population, provient d'une cause unique : la dépréciation du grain. La solution à la difficulté consiste à assurer aux céréales « *un prix constant et raisonnable* »<sup>114</sup>. Ce prix doit tenir la balance égale entre les intérêts du producteur et ceux du consommateur. Pour parvenir au but, Dupin propose non pas d'agir sur l'offre, en réduisant la production, mais d'élargir les débouchés en proclamant la liberté intérieure de circulation des grains. Il ne va pas aussi loin que Boisguilbert car il ne propose pas d'étendre cette liberté au commerce d'exportation, mais d'acclimater en France le système anglais qui encourage l'exportation lorsque le prix baisse et l'importation lorsque le prix monte, au-delà d'un certain seuil, l'importation serait même subventionnée. Cette solution est un contresens. L'Angleterre a adopté ce régime en raison du déficit chronique de son agriculture. En France, si on déclare que la surabondance de grains produit l'avalissement du prix, alors il faut totalement libérer le commerce extérieur. De ce point de vue, les physiocrates se montreront plus cohérents en réclamant la liberté totale du commerce extérieur.

La publication de *L'Esprit des lois*, paru à Genève en 1748, est accueillie par un concert de louanges. L'ouvrage contient une critique féroce du système financier et fiscal de la monarchie mais aussi des financiers<sup>115</sup>. Claude Dupin a été membre pendant près de 12 ans du Comité des caisses, instance dirigeante de la Ferme, cible des flèches du célèbre bordelais. Le fermier général prend donc la défense du système fiscal et des institutions monarchiques. Il fait paraître deux critiques générales de l'ouvrage. Les *Réflexions sur l'Esprit des lois*, en 1749, ouvrage virulent, que son auteur tente ensuite de faire retirer de la circulation. Puis, d'un ton plus mesuré, *Observations sur l'Esprit des lois*, à la fin de 1751. Ces ouvrages présentent, surtout, une défense systématique de la finance, de la fiscalité et des « *traitants* ». À ce titre, ils apparaissent comme des manifestes de la Ferme générale. Ils fournissent un répertoire d'arguments au débat récurrent qui se poursuivra jusqu'à la fin de la monarchie entre les partisans de la Régie et ceux de la Ferme.

113 Ibid., p. 145 et 146.

114 Ibid., p. 147.

115 Voir, par exemple, le Livre XXII. MONTESQUIEU écrit : « *Les banquiers sont faits pour changer de l'argent, et non pas pour en prêter. Si le prince ne s'en sert que pour changer son argent, comme il ne fait que de grosses affaires, le moindre profit qu'il leur donne pour leurs remises devient un objet considérable ; et, si on lui demande de gros profits, il peut être sûr que c'est un défaut de l'administration. Quand, au contraire, ils se sont employés à faire des avances, leur art consiste à se procurer de gros profits de leur argent, sans qu'on puisse les accuser d'usure* » (Chapitre XVI). Il est clair pour tout le monde à l'époque que les financiers de l'État se procurent « *de gros profits de leur argent* ». C'est la conséquence nécessaire « *d'un défaut de l'administration* ».

Cet exemple montre que les plus hauts serviteurs de l'État (on hésite à utiliser cette qualification pour un fermier général !) peuvent soutenir la réforme dans des secteurs déterminés de la vie sociale. Mais sitôt que leurs intérêts vitaux sont en cause, ils défendent féroce et avec intelligence leurs positions privilégiées. Les limites des capacités réformatrices des élites apparaissent. Les réformes soutenues ou proposées par elles s'arrêtent au seuil de leur survie. Les groupes sociaux plus éloignés de la tête de l'État, les philosophes ou les intellectuels par exemple, disposent de plus de liberté créatrice.

## B. La science du commerce

La science du commerce, prélude à la science économique, tourne autour d'un homme, Jacques Vincent de Gournay, personnage fascinant. Issu d'une famille de marchands, il apprend le commerce international et les langues étrangères à Cadix, porte d'entrée des Amériques en Europe. Puis il sert le gouvernement de la France, notamment comme espion industriel dans divers pays d'Europe. Il achète une charge d'intendant de commerce et constitue un réseau de bons esprits qu'il initie à la « science du commerce ». Extrêmement généreux de son propre travail, il ne laisse rien, ou presque, de publié : il conçoit la vie intellectuelle sur le mode du commerce, de l'échange et de la marchandise<sup>116</sup>. Pourtant, il s'agirait de l'un des plus grands esprits de son temps<sup>117</sup>.

Pour faire une comparaison, anachronique et donc déplacée, avec le XX<sup>e</sup> siècle, le groupe aurait adopté une posture intellectuelle proche de celle de Keynes. Il prône une forme de libéralisme, détaché du mercantilisme, fondée sur la croissance intérieure, la libération du commerce et du travail, une vision globale des rapports humains dans les aspects économiques, mais aussi politiques et sociaux. Profondément réformateur, le « libéralisme égalitaire », selon l'expression de Simone Meyssonier<sup>118</sup>, prend le prétexte de l'économie pour rénover l'État. Le groupe réunit des hommes provenant des différentes

**116** L'observation se trouve dans L. CHARLES, « Le cercle de Gournay, usages culturels et pratiques savantes », dans l'ouvrage dirigé conjointement avec Fr. LEFEBVRE et Chr. THÉRÉ, *op. cit.* (n. 10), p. 82 qui écrit que le « cercle » se compose « d'auteurs qui font le commerce des idées économiques » et « ce choix stratégique s'inscrit dans un habitus spécifique, celui du négociant, pour qui la création/production, ici intellectuelle, et la circulation ne sont pas clairement distinguées : elles sont deux aspects d'un seul et même processus de valorisation ».

**117** J. A. SCHUMPETER dit de lui : « c'était un esprit parfaitement supérieur d'une sorte qu'il est rare de trouver en dehors de l'Angleterre » et il ajoute : « mais il n'est pas très facile de définir les grands services qu'il a rendus à l'économie » (*op. cit.* [n. 3], p. 343, note 1). Sur l'influence considérable de Gournay, voir, en dernier lieu, L. CHARLES, Fr. LEFEBVRE et Chr. THÉRÉ (dir.), *op. cit.* (n. 10), qui outre la qualité des contributions, fournit une bibliographie très riche ainsi que trois textes inédits de l'intendant du commerce.

**118** S. MEYSSONNIER, *op. cit.* (n. 10), p. 137 et s., à qui j'emprunte l'expression et l'analyse.

sphères des élites : commerçants et industriels, Gournay lui-même ou Véron de Forbonnais ; hauts fonctionnaires, comme Turgot par exemple ; ou intellectuels, ainsi des abbés désargentés à la recherche de revenus ou de places, comme l'abbé Morellet. Le cercle tisse des liens étroits avec les hommes du sommet du pouvoir. Très habilement, Gournay s'assure la protection de Malesherbes, responsable de la Librairie royale et de la censure. Il fait publier différentes traductions d'auteurs étrangers, parfois partiellement voire totalement apocryphes<sup>119</sup>, ce qui donne une plus grande liberté de critique aux auteurs : ils avancent leurs propres idées sous le masque d'auteurs étrangers.

Par ses positions sociales multiples, le groupe réussit à porter sur la place publique des débats internes à l'administration et à contourner ou affaiblir les fractions les plus conservatrices de l'administration royale. Cette stratégie de communication crée même un nouveau genre littéraire, les essais économiques et sociaux<sup>120</sup>, qui contribue largement au mouvement des Lumières en étendant l'espace de l'opinion publique à des questions clairement politiques. Par ailleurs, le groupe développe une nouvelle forme d'expertise au sein même de l'appareil de l'État « *en imposant de nouvelles formes d'autorité, comme celle des ouvrages économiques, qui lui était, jusque-là, profondément étrangère* »<sup>121</sup>.

La science du commerce envisage l'économie du point de vue de l'État<sup>122</sup>. Il s'agit d'étudier les conditions d'un commerce favorable à la puissance et à la richesse de la nation. Dans le concours de puissance que se livrent les pays européens, l'Angleterre et la Hollande ont précédé la France dans le commerce et conservé leur avantage « *plus expérimentés ils prévirent que le commerce deviendrait la base des intérêts politiques* »<sup>123</sup>. Pour parler le langage d'un autre temps, l'infrastructure détermine la superstructure. Sauf à préciser que les auteurs du temps savent bien que le système politique anglais permet la représentation des intérêts économiques au plus haut niveau de l'État<sup>124</sup>. La dimension de puissance sur la scène internationale est essentielle dans cette « *science du commerce* » dans laquelle l'État doit s'instruire pour agir efficacement. Ce qui ne veut pas dire qu'il faut abandonner les questions politiques, même les questions de politique commerciale, aux négociants. Véron

**119** Plumard DE DANGEUL fait publier à Leyde en 1754 les *Remarques sur les avantages et désavantages de la France et de la Grande-Bretagne, par rapport au commerce, et aux autres sources de puissance des États*, sous le nom du Chevalier John NICKOLLS.

**120** Voir l'article de L. CHARLES, art. cit. (n. 116).

**121** *Ibid.*, p. 86.

**122** Sur la conversion d'un négociant en expert d'une science de l'État, voir A. SKORNICKI, « L'État, l'expert et le négociant : le réseau de la 'science du commerce' sous Louis XV », *Genèses*, n° 65, 2006/4, p. 4 et s.

**123** V. DE FORBONNAIS, *Éléments du commerce*, 2<sup>e</sup> édition, Briasson, David, Durand, Le Breton, 1754, p. 43. Disponible sur le site « polib » de l'Université de Lille.

**124** MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, particulièrement au Livre XX.

de Forbonnais écrit par exemple que c'est au contact des négociants que l'on peut s'instruire, « *on ne saurait trop converser avec eux pour apprendre* ». En revanche, « *pour délibérer leurs conseils doivent être admis avec précaution* », le gain du marchand n'est pas le bien de l'État<sup>125</sup>.

La réflexion du groupe sur le commerce des grains s'inscrit dans cette perspective large et dans cette stratégie collective de communication. L'*Essai sur la police générale des grains, sur leurs prix et sur les effets de l'agriculture* de Claude-Jacques Herbert paru pour la première fois en 1753 porte exclusivement sur cette question. Mais il faut lui adjoindre l'ouvrage de Plumard de Dangeul, *Remarques sur les avantages et désavantages de la France et de la Grande-Bretagne par rapport au commerce*, paru en 1754 ainsi que celui de Forbonnais, *Éléments de commerce*, qui contiennent des développements importants en matière d'agriculture.

Claude-Jacques Herbert, lui aussi fonctionnaire mais sans doute moins prestigieux que les précédents – il aurait été directeur des carrosses publics de Bordeaux, mais sa biographie demeure mal connue<sup>126</sup> – publie la synthèse des réflexions antérieures qui connaît un grand succès d'édition et pas seulement en France puisqu'il sera traduit en italien et en allemand. Ouvrage de synthèse, de vulgarisation, plus que de réflexion théorique, l'*Essai*<sup>127</sup> diffuse les idées du « *cercle de Vincent de Gournay* », voire reprend les idées du célèbre intendant<sup>128</sup>.

Herbert examine la question des grains dans toutes ses dimensions avec des développements importants en matière historique, juridique, sociale et politique. L'ouvrage est plus proche d'un ouvrage de sociologie ou de sciences politiques d'aujourd'hui que d'un manuel de science économique. L'introduction souligne le paradoxe de la situation de la France, un pays fécond qui, en période de disette, va chercher des secours dans des pays moins fertiles mais dans lesquels il n'y a pas de loi spéciale consacrée à la police des grains. Il est tentant d'incriminer les règlements. L'histoire du droit montrerait qu'il

**125** V. DE FORBONNAIS, *op. cit.* (n. 123), p. 85.

**126** Il a connu un destin tragique car, ruiné par la faillite de son gendre, il se suicide à son domicile parisien le 10 février 1758. Grand bibliophile, il possédait une bibliothèque de 12 000 ouvrages. Il peut être compris dans le cercle de Vincent de Gournay : « *les liens directs avec le cercle sont toutefois très nébuleux, même si il existe une grande convergence au plan analytique* », L. CHARLES, Fr. LEFEBVRE, Chr. THÉRÉ (dir.), « Introduction », *op. cit.* (n. 10), p. 17-18. Voir également L. CHARLES, art. cit. (n. 116), p. 63 s.

**127** J'utilise ici l'édition établie par E. DEPITRE, Librairie Paul Geuthner, 1910, qui reproduit la deuxième édition de 1755.

**128** Voir sur ce point S. MEYSSONNIER, *op. cit.* (n. 10), qui écrit p. 229 : « *Gournay lui-même avait adressé à Trudaine, le premier septembre 1752, un mémoire sur l'agriculture en général où il dénonçait les obligations fiscales et administratives du paysan, le bas prix des grains, les entraves à la circulation et à l'exportation, le mauvais état des routes et l'insuffisance du commerce de gros* ». HERBERT reprend la plupart de ces arguments, ainsi il « *prouve sa connaissance du rapport de l'intendant* », c'est-à-dire de Gournay.

existe peu de dispositions avant le XVI<sup>e</sup> siècle puisque le premier règlement général daterait du 4 février 1567. La réglementation appliquée en France résulterait donc du « *zèle des magistrats, guidé par les seules lumières de la jurisprudence* » qui alla chercher dans les lois romaines l'essentiel de la réglementation, l'interdiction de faire des « *amas* » ou la répression des monopoleurs. Or cet emprunt serait particulièrement malvenu dans la mesure où la distribution de grains relevait, à Rome, de l'État. Par ailleurs, les ordonnances ont été rendues dans des circonstances dramatiques et contiennent une forte stigmatisation des marchands, présentés comme portés au complot spéculatif. Cette idée reçue se retrouve encore dans le préambule de la Déclaration de 1699. Au contraire, il faut soutenir l'agriculture, développer le commerce et exclure le recours à des magasins publics qui revient à instaurer un monopole : « *les ordonnances conduisent peu de bleds au marché ; c'est l'intérêt qui les apporte* »<sup>129</sup>.

La solution consiste donc dans la liberté et dans la sûreté garantie par la loi aux marchands car « *poursuivre ceux que la loi indique par un nom odieux ; c'est les obliger de se cacher, dans un temps où ils seraient le plus nécessaire* »<sup>130</sup>. Il en va du grain comme de toute marchandise « *la liberté est l'âme et le soutien du commerce, la concurrence est le seul moyen d'établir le prix de toute marchandise au taux le plus avantageux au public* »<sup>131</sup>. Si la réglementation qui rend le commerçant odieux vient à prendre fin, leur nombre va s'accroître et ce commerce attirera des hommes compétents et dotés de capitaux : « *il importe au bien public d'avoir des marchands riches, en état de faire des magasins, de répandre l'argent chez le cultivateur, et de soutenir les frais de garde* »<sup>132</sup>. Alors l'abondance ne sera plus une calamité pour le cultivateur par l'érosion excessive du prix. En cas de disette, l'action intempestive de l'État produit un effet de panique et s'avère onéreux pour les finances publiques car le gouvernement agit dans l'incertitude. En régime de liberté, la seule éventualité d'un secours extérieur suffit à contenir la crainte. Ainsi le régime de l'autorisation préalable à la circulation intérieure devrait disparaître<sup>133</sup>. En revanche, s'agissant du commerce extérieur, Herbert défend le principe d'une liberté seulement partielle, à l'exemple du système anglais. En dessous d'un plafond de

**129** HERBERT, *op. cit.* (n. 68), p. 95. Véron DE FORBONNAIS fait le même constat « *les loix qui gênent le commerce intérieur des grains, sont incompatibles avec la conservation de l'agriculture* » (*op. cit.* [n. 123], p. 142).

**130** *Ibid.*, p. 14.

**131** *Ibid.*

**132** *Ibid.*, p. 17. Sur l'idée de développer les « *magasins de bleds* » par des subventions, voir également V. DE FORBONNAIS, *op. cit.* (n. 123), p. 148.

**133** V. DE FORBONNAIS défend, bien sûr, la même idée qui est commune à tout le « *cercle de Gournay* ». Il observe qu'il « *est naturel que les personnes chargées de conduire les provinces, s'efforcent dans le cas d'un malheur général d'y soustraire la portion du peuple qui leur est confiée* » (*ibid.*, p. 136), or « *comme tout les membres d'un État sont en société, le remède doit être le général* » (*ibid.*, p. 137).

prix, l'exportation serait libre et interdite au-dessus. Un droit variable serait appliqué aux exportations pour en modérer les volumes et des gratifications seraient accordées à l'importation en période de disette.

L'essai poursuit un double objectif. D'une part, assurer la subsistance du peuple. Mais, d'autre part, maintenir le prix à un niveau raisonnable et constant. Le trop bas prix dégrade les finances de l'État et l'agriculture. Il serait également nuisible « *pour le peuple, parce qu'il tombe dans l'oisiveté, mère des vices* » car « *le menu peuple dans tout pays ne travaille précisément que pour vivre* », « *il se livre aisément à la fainéantise et à la débauche ; il en contracte même habitude, et elle engendre la race des mendiants* »<sup>134</sup>. Alors que les intérêts des propriétaires et du peuple seraient liés. Les revenus de l'un font les salaires de l'autre. Mais surtout un prix constant et raisonnable permet le développement de l'agriculture, ce qui favorise la production et la mise en culture des terres<sup>135</sup>.

Le dernier chapitre est particulièrement important dans la perspective des droits fondamentaux économiques. En effet, si Herbert a plaidé pour un régime de liberté, il démontre, dans cette dernière partie, que l'égalité doit nécessairement accompagner la liberté. Ce chapitre s'ouvre par la démonstration qu'une politique efficace doit s'appuyer sur des informations solides : « *des spéculations, des raisonnements dénués des lumières de l'expérience pratique, ne donnent point des connaissances précises* »<sup>136</sup>. Rome, la Chine ou l'Angleterre montrent qu'il est possible d'organiser un tel système de recueil d'informations. Au lieu de raisonner « *sans cesse tumultueusement et sans connaissance* », il serait ainsi possible de trouver « *des moyens de rendre un État plus fort, plus florissants, plus heureux* » par « *esprit de calcul* »<sup>137</sup>. Il conviendrait d'assurer le progrès de la connaissance sur les questions économiques, en développant les concours organisés par des académies spécialisées par exemple. Ces questions devraient être débattues en public sans craindre de « *pénétrer les secrets de l'État* » ce qui permettrait de combattre les inégalités, notamment fiscales, « *ruineuses et décourageantes pour les contribuables* »<sup>138</sup>.

À partir de ce constat, l'ouvrage change de tonalité. Il se transforme en charge contre tous les privilèges, en éloge de l'État et du bien public. La critique des privilèges remonte jusqu'à la féodalité : « *les citoyens auparavant tous égaux, et ayant droit de parvenir aux charges et aux dignités, sans égard pour la naissance, commencèrent à être distingués en Nobles et en Roturiers* »,

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>135</sup> Voir également V. DE FORBONNAIS, *op. cit.* (n. 123), p. 130 et s., sur la nécessité de préserver les revenus de l'agriculture.

<sup>136</sup> HERBERT, *op. cit.* (n. 68), p. 122.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 129.



« dès lors on ne consulta plus l'intérêt général »<sup>139</sup>. Chacun s'arroge une parcelle de souveraineté : « voilà l'origine de ces franchises, de ces prérogatives, de ces exemptions, honorables par préjugé, injustes en elles-mêmes, et contraires à l'ordre d'un bon gouvernement ». Les particuliers et les corps utilisent tous les artifices pour se soustraire aux charges publiques. Alors que tout citoyen doit un tribut pour la protection conférée par l'État. « Ce tribut doit être proportionné aux avantages que chacun tire de la société dans laquelle il vit ; que chaque homme y en trouve plus qu'il ne lui en procure ; que les États ne s'arment, et ne font des dépenses, que pour soutenir la société, et pour conserver les particuliers et leurs héritages ; que les plus aisés ont plus à conserver, que les moins riches ; que ceux qui ne possèdent rien, y ont naturellement moins d'intérêt. Cependant il n'y a que ceux qui possèdent le plus, qui prétendent aux exemptions ; les moins aisés, les pauvres, n'ont point de prétexte, ils ne peuvent que murmurer de l'inégalité ; ils y succombent, ils la fuient ; ils sont perdus sans retour »<sup>140</sup>. De la sorte, les charges publiques retombent sur ceux qui sont le moins en état de les porter.

Cette disposition nationale, la chasse au privilège et à l'exemption, méconnaît que « l'État et le bien public sont un trésor commun, dans lequel chacun doit déposer ses tributs, ses services, ses talents ; parce que chacun doit y trouver son aisance, son bonheur, sa sûreté. C'est le centre où tout doit se réunir ; tout ce qui s'en écarte tend à la division, et à la destruction »<sup>141</sup>. Les privilèges « troublent l'harmonie des sujets, rompent les liens naturels de la société, et excitent quelquefois des divisions ». Ils « font du tort à l'État » et répugnent « à la loi et à l'équité naturelle »<sup>142</sup>. De plus, en refusant la loi d'égalité, les privilégiés se font du tort à eux-mêmes, « car tout se tient dans le Corps politique. Les richesses et les succès de la Nation et des particuliers sont intimement unis ; la fortune même du Souverain n'est point séparée de celle des sujets »<sup>143</sup>. En conséquence « la vérité la plus utile et la plus importante à inculquer aux particuliers, est de leur faire sentir qu'en travaillant pour l'État, ils travaillent pour eux-mêmes »<sup>144</sup>.

En un demi-siècle se construit un nouveau référentiel, celui du « libéralisme égalitaire ». Il se caractérise d'abord par sa méthode, celle de l'enquête plutôt que celle du modèle, un véritable « réalisme sociologique »<sup>145</sup>, dans la perspective de Montesquieu, qui conduit à ne pas simplifier, à tenir compte

**139** Ibid.

**140** Ibid., p. 132.

**141** Ibid., p. 134.

**142** Ibid., p. 135.

**143** Ibid., p. 139.

**144** Ibid., p. 140.

**145** L'expression et l'analyse se trouvent chez Fr. LEFEBVRE, « L'honnêteté du négociant : une querelle sociologique française au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle », article publié dans L. CHARLES, Fr. LEFEBVRE et Chr. THÉRÉ (dir.), *op. cit.* (n. 10), p. 233. L'auteur précise : « on peut d'ailleurs parler d'une véritable explication sociologique au sens d'aujourd'hui : de la volonté de rendre compte d'un phénomène macroscopique par des attitudes et des raisons individuelles compréhensibles ».



de la complexité de la vie sociale et de la diversité des motivations individuelles. La présence des négociants dans le groupe de Gournay explique sans doute cette forte dimension empirique de la « *science du commerce* ». Mais Vauban, Boisguilbert ou les représentants de l'administration d'exécution, Turgot par exemple, sont eux aussi au contact direct des réalités sociales de leur temps. Pour eux, plus que pour un intellectuel de profession, les faits comptent aussi, et pas seulement les idées ou les systèmes. Herbert, par exemple, ne prétend pas découvrir les lois éternelles de l'économie. Il reste profondément pragmatique. L'économie demeure encadrée dans le politique et le social. L'exemple romain qu'il utilise à plusieurs reprises le montre bien. L'État peut prendre directement en main la distribution du pain. Alors les « *lois* », tant juridiques qu'économiques, changent radicalement. Mais il observe que ce système ne serait plus praticable, sauf dans une communauté politique de taille réduite.

Par ailleurs, et toujours s'agissant de la méthode, il convient d'observer que l'idée de nature, d'ordre naturel ou de droit naturel, reste relativement discrète dans les textes du corpus ici analysé. Herbert ne l'utilise que de manière rhétorique pour décrire et valoriser un ordre antérieur à la féodalité, à son système de corps et de privilèges, pour discréditer la propriété féodale. Elle reviendra, *ad nauseam* pour un lecteur moderne, chez les physiocrates et leurs successeurs. Cette référence devient utile, voire indispensable, lorsque l'analyse quitte le terrain de l'observation pour celui de la construction de modèles abstraits. En effet, la référence à l'ordre naturel tente de capter l'aura de scientificité qui s'attache aux sciences véritables, celles de la nature, tout en conservant la charge critique de la féodalité ou même de l'Ancien Régime qui s'attache à la notion.

Sur le fond, trois points méritent attention : le rôle de l'État, celui de la concurrence et celui de l'argent.

S'agissant de la conception de l'État, ces fonctionnaires, souvent titulaires d'un office, ou aspirant à le servir, imaginent un système libéral qui fasse « *de l'État et du bien public un trésor commun* ». Ils adoptent évidemment et sans discussion le point de vue unificateur de l'État central : « *c'est le centre où tout doit se réunir* ». Mais, en même temps, ils se montrent hostiles à une réglementation excessive, limitant la liberté de circulation des grains par exemple. Forbonnais explique bien cette voie moyenne quand il écrit « *les restrictions que l'intérêt politique apporte au commerce ne peuvent être appelées une gêne* », la liberté « *consiste seulement à faire facilement le commerce que permet l'intérêt général de la société bien entendu* ». L'excès de formalités « *détruit la liberté, leur oubli total introduit la licence* »<sup>146</sup>. Plus que cela, l'État

doit adopter une politique incitative, en subventionnant l'exportation des grains dans certaines circonstances par exemple.

Mais la « *science du commerce* » affirme aussi que la population est un élément de la richesse de l'État. Dans cette mesure elle préconise donc une « *politique sociale* » : lorsque le travail ne suffit pas à la subsistance des hommes, « *le législateur a-t-il soin d'en prévenir les effets : il nourrit ses ouvriers, ou leur fournit du travail* »<sup>147</sup>. Turgot, comme intendant du Limousin, suivra effectivement cette politique en cas de disette, ce qui fait bondir les libéraux d'aujourd'hui qui, pour certains, taxent l'intendant d'incohérence<sup>148</sup>. Enfin, s'agissant du commerce international, le cercle de Gournay sait bien que sur ce théâtre se joue une guerre entre puissances : « *la balance du commerce est véritablement la balance des pouvoirs* »<sup>149</sup>. La prospérité économique soutient la puissance de l'État, source de sûreté.

Le rôle central attribué à la concurrence par la « *science du commerce* » n'exclut pas l'intervention de l'État, au contraire. Pour Forbonnais la concurrence « *est le principe le plus actif du commerce utile* »<sup>150</sup>. Elle consiste dans « *le nombre de personnes et qui aspirent à une préférence* »<sup>151</sup> et il l'envisage sous deux formes : la concurrence entre denrées et « *celle du travail entre les sujets* ». Elle consiste « *à ce que chacun d'eux ait la faculté de s'occuper de la manière qu'il croit la plus lucrative, ou qui lui plaît davantage, lorsqu'elle est utile à la société* »<sup>152</sup>. En définissant la concurrence par la liberté de travailler, Forbonnais indique une ligne de force du libéralisme égalitaire : la lutte contre les privilèges, privilèges des corporations comme ici, mais aussi privilèges individuels ou collectifs, qui « *favorisent toujours la partie riche et oisive de la société au préjudice de la partie pauvre et laborieuse* »<sup>153</sup>. Le privilège entrave le développement des activités des négociants les plus entreprenants, il constitue un facteur de sclérose de la vie économique. Gournay, comme inspecteur du commerce, aura à lutter contre les corporations, dans la querelle des toiles peintes notamment, et les abus de la réglementation<sup>154</sup>. Il échoue dans cette lutte – principalement en raison d'un lobbying actif et

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>148</sup> J.-Cl. PEYRONNET, *supra* (n. 3). Turgot n'est pas incohérent avec sa propre doctrine, mais avec celle de J.-C. PEYRONNET.

<sup>149</sup> V. DE FORBONNAIS, *op. cit.* (n. 123), p. 90.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>153</sup> TURGOT, « Éloge de Vincent de Gournay », 1759, *Oeuvres de Turgot*, Paris, 1844, p. 17 de la version numérisée du texte.

<sup>154</sup> V. DE GOURNAY exprime le premier, en France, l'idée d'une suppression des corporations, il s'agit de « *laisser faire* ».

efficace des organisations professionnelles, par l'intermédiaire des chambres de commerce ou de députés au bureau du commerce<sup>155</sup> – et devra se résigner à la démission.

Outre la réforme, l'État devrait mener de façon active une politique de promotion des négociants. Car la « *science du commerce* » n'enferme pas l'acteur économique dans une définition réductrice de l'intérêt. Certes, le capital économique, les profits et la richesse, constituent un mobile de l'action du commerçant. Mais il conviendrait de ne pas négliger le capital symbolique, les honneurs par exemple, comme levier d'action sur les comportements. Gournay, Herbert ou Forbonnais insistent sur la nécessité d'élever en dignité le commerçant. En effet, l'organisation sociale de la monarchie conduit les commerçants enrichis à abandonner leurs activités en investissant dans la rente et en recherchant l'état, abusivement valorisé, d'aristocrate. Cette disposition favoriserait un « *capitalisme d'aventuriers* », pour reprendre une expression de Max Weber, à la recherche d'une fortune rapide par la spéculation<sup>156</sup>.

Ce souci de développer une classe négociante vaste et stable conduit à la critique de la concentration excessive des fortunes qui contribue à l'inégalité. Forbonnais, par exemple, explique : « *ce n'est pas que le plan immédiat du législateur, soit d'avoir des négociants très puissants : ils lui sont précieux, parce qu'ils ont beaucoup concouru à ses vues ; mais il serait encore plus utile dans le cas où le commerce serait borné, d'en avoir beaucoup de riches, qu'un moindre nombre de très riches* ». En effet, « *les fortunes partagées sont d'une ressource infiniment plus grande pour la circulation et pour les richesses réelles* »<sup>157</sup>. Ici, et comme toujours, Forbonnais se montre attentif aux réalités de la société de son temps en constatant la collusion entre la concentration du pouvoir politique et la concentration du pouvoir économique. Il dégage les conséquences de cette complicité en observant que les fortunes de grande dimension s'évadent du commerce tout comme les négociants cherchent à fuir la roture. Or, et l'exemple du commerce des grains le montre bien, l'absence de capitaux régulièrement investis dans une branche de l'activité économique

**155** Cet épisode est particulièrement révélateur des difficultés, voire de l'impossibilité, pour l'Ancien Régime finissant de se réformer en raison des luttes internes à l'administration, entre les réformistes et les conservateurs, mais aussi en raison de l'éclatement des intérêts économiques entre fabricants et négociants ou entre acteurs économiques de régions différentes, tous arc-boutés sur leur corporation et leurs privilèges. Voir Ph. MINARD, *op. cit.* (n. 10), toute la troisième partie, p. 257 et s., ou S. MEYSSONNIER qui parle de cabales et de ligues « *rendant le pouvoir central totalement impuissant* » (*op. cit.* [n. 10], p. 234).

**156** FORBONNAIS écrit par exemple : « *chacun s'empresse, les petits profils sont négligés, on court rapidement au million* ». La cause de cette frénésie serait que si « *la profession du commerce est belle et utile, elle n'est ni secourue ni estimée* », le français « *s'y précipite en désespéré, pour devenir noble ou n'être rien du tout après bien des travaux* », cité par Fr. LEFEBVRE, *art. cit.* (n. 145), p. 207-208.

**157** V. DE FORBONNAIS, *op. cit.* (n. 123), p. 83.

conduit à son sous-développement. À l'occasion, les financiers vont investir massivement dans l'achat de blés lorsque la disette menace et qu'ils espèrent un profit rapide et important. Samuel Bernard, important banquier de la fin du règne de Louis XIV, en fournit un exemple. Ils se retirent du marché une fois la spéculation accomplie. En temps ordinaire, l'agriculture manque de capitaux et les réseaux de collecte ou de distribution des grains restent anémiques.

S'agissant de la finance, le cercle de la science du commerce observe l'effet déstabilisateur des besoins constants et massifs de l'État<sup>158</sup>. Gournay, à la suite de Melon, défend la logique d'un faible taux d'intérêt destiné à encourager les agents économiques à investir mais aussi à désendetter l'État<sup>159</sup>. Dans la phase de décollage de l'économie, il faudrait orienter les capitaux vers les investissements productifs, au détriment des placements financiers. Le bas prix de l'argent permettrait au paysan de réaliser des investissements pour rendre l'exploitation plus productive. L'augmentation du revenu développerait la consommation ce qui soutient la demande nationale et conduit au développement économique général. Outre cet effet économique, la baisse du taux de l'intérêt produirait un effet social en distribuant des capitaux entre une multitude d'acteurs économiques. Cela permettrait d'éviter la concentration des richesses et le monopole des financiers. Enfin, au plan politique, l'État trouverait son avantage à cette baisse par l'allègement du coût de la dette. De plus, dit Gournay, « *l'État ne peut trouver de véritables ressources que dans l'aisance de la multitude, parce qu'alors la perception des impositions et les emprunts deviennent aisés. Or la multitude ne peut être financière, mais elle peut être commerçante* »<sup>160</sup>. Par le biais du taux d'intérêt, les partisans de la science du commerce suggèrent de mettre en œuvre une politique de redistribution des richesses.

Enfin, la science du commerce bouleverse le mode de production du savoir économique. Pour ces négociants, la circulation des marchandises, ici des idées, compte autant que leur production. Pour l'intendant, il s'agit moins de constituer un capital individuel de reconnaissance que de participer à la réforme de l'État. Dans cette voie, le cercle abandonne le mode de production individuel de l'artisan pour celui de la concentration de capital scientifique, social ou symbolique, au sein d'un groupement sur le modèle de la société commerciale. Les physiocrates s'organisent sur ce modèle.

**158** Voir S. MEYSSONNIER, *op. cit.* (n. 10), p. 188 et s.

**159** Dans cette perspective V. DE GOURNAY prend le soin de traduire lui-même un ouvrage de l'anglais qui défend cette position : J. CHILD, *Traité sur le commerce*, suivi des *Remarques* de Jacques Vincent DE GOURNAY, l'Harmattan, 2008. Child écrit notamment « *le bas prix de l'intérêt produit naturellement l'économie, l'industrie, les arts* » (p. 6).

**160** S. MEYSSONNIER, *op. cit.* (n. 10), p. 192.

### C. La secte des physiocrates

Avec la science du commerce, l'économie reste encadrée dans le politique et le social. La physiocratie change clairement de registre en passant de la science de l'enquête à celle du modèle, du pragmatisme au dogmatisme<sup>161</sup>, du cercle de Gournay à la secte des économistes, « *réduite en fait à un seul homme, Quesnay* », « *qui était pédant et doctrinaire à l'extrême* » et « *qui doit avoir été un terrible raseur* »<sup>162</sup>. Elle trouve un terrain tout préparé à la radicalisation de ses thèses libérales, mais sa radicalité même fera son échec scientifique, social et politique<sup>163</sup>.

Car Quesnay, le médecin, croit à l'existence d'un ordre naturel permettant d'affirmer une vérité scientifique universelle. Autrement dit, si la science du commerce se dégageait du localisme de l'économie morale de la foule pour se placer au niveau de la nation, la physiocratie monte d'un degré encore dans la généralité et l'abstraction en prétendant parvenir à des lois universelles, valides pour tout le genre humain, tout comme la médecine vaut pour tous les corps vivants. Cette disposition se traduit dans la conception même du commerce international, particulièrement du commerce des blés. L'école ne conçoit pas le commerce international dans les termes de concurrence entre les nations. Elle rejette la recherche mercantiliste de l'hégémonie commerciale et oppose à la guerre des tarifs, les avantages réciproques d'un commerce libre. À la nationalisation du blé succède la mondialisation des grains.

Alors que l'école du droit naturel moderne, depuis Saint-Thomas d'Aquin, a parfaitement conscience de la relativité historique et sociale, le docteur Quesnay développe l'idée d'un ordre invariable dans les affaires mondaines, les « *règles immuables de la justice, et l'ordre naturel le plus avantageux à la société* »<sup>164</sup>. Ces lois naturelles, aussi rigides que les lois de l'histoire pour un marxiste<sup>165</sup> s'imposent comme une forme de droit fondamental au

**161** Le dogmatisme pense que lorsque le réel infirme la théorie, c'est le réel qui se trompe et doit être réformé. Cf. J.-Cl. PERROT, « Condorcet : de l'économie politique aux sciences de la société », *Revue de synthèse*, n° 1, janvier-mars 1988, qui écrit, p. 28, « *la physiocratie, de fait, prétend découvrir un fonctionnement économique idéaltypique. Si les constats empiriques s'écartent des propositions déduites de la théorie, le démenti n'infirme rien. On en conclura seulement que la société, malade, doit être soignée* ».

**162** J. A. SCHUMPETER, *op. cit.* (n. 3), p. 313 et 315.

**163** Voir Y. CHARBIT, « L'échec politique d'une théorie économique : la physiocratie », *Population*, vol. 57, 2002/6, p. 849 et s. L'apport de la physiocratie à la théorie économique paraît relativement limité, à en croire J. A. SCHUMPETER : « *le succès de Quesnay fut avant tout un succès de salon* » écrit-il (p. 323), car « *il faut observer que le programme général des physiocrates ne contenait rien qui fût substantiellement nouveau* » (*op. cit.* [n. 3], p. 325).

**164** Fr. QUESNAY, « Le droit naturel », *Journal d'agriculture*, septembre 1765, j'utilise la version électronique disponible sur le site de l'UQAC, la citation est tirée du chapitre II.

**165** QUESNAY écrit au chapitre II que le droit naturel « *s'étend à tous les états dans lesquels les hommes peuvent se trouver respectivement les uns aux autres* ».

pouvoir politique lui-même : « *tous les hommes et toutes les puissances humaines doivent être soumis à ces lois souveraines, instituées par l'Être Suprême ; elles sont immuables et irréfragables, et les meilleures lois possibles ; par conséquent la base du gouvernement le plus parfait, et la règle fondamentale de toutes les lois positives* »<sup>166</sup>. Le pouvoir politique se réduit à peu : la législation positive consiste « *dans la déclaration des lois naturelles* », découvertes par la raison et s'imposant par la force de l'évidence.

Ce droit fondamental, au sens de droit au fondement de l'ordre politique, porte en lui une forme de démission, d'impuissance, puisque les hommes ne font pas les lois, ils les portent. Christine Larrère écrit : « *d'où l'idée d'une déclaration des lois qui, n'étant pas affirmation d'un pouvoir, mais diffusion d'une connaissance, est la meilleure garantie contre l'arbitraire : dans une nation où les lois de l'ordre naturel seraient déclarées, on ne proposerait pas une loi déraisonnable* »<sup>167</sup>. Cette construction peut, par certains côtés, apparaître comme résolument moderne, les prémices à la Déclaration des droits de l'homme. Effectivement, cette conception va inspirer la Déclaration de 1789, texte d'une nature étrange, qui n'a même pas force de loi, mais qui énoncerait des principes éternellement vrais.

Mais elle fournit le soubassement à toute « *rhétorique réactionnaire* » au sens d'Albert Hirschman<sup>168</sup> qui serait comme inhérente à toute « *science économique libérale* », quand on admet qu'elle relève du modèle et non de l'enquête. Si la vie sociale, donc l'économie, obéit à des lois naturelles – ou à des lois scientifiques, c'est la même chose dans le système du modèle – alors toute décision politique déviante du modèle s'expose aux sanctions de la main invisible et tombe dans le piège de l'effet pervers, expressément énoncé par François Quesnay : « *les transgressions des lois naturelles sont les causes les plus étendues et les plus ordinaires des maux physiques qui affligent les hommes* »<sup>169</sup>. Si le gouvernement veut assurer la subsistance du peuple par des règlements, il produira la pénurie. L'homme doit se laisser conduire par les forces sociales cachées aux yeux du commun, *there is no alternative*. Mais qui décrète les lois naturelles ? François Quesnay, Milton Friedman ou le cercle des économistes ? Voilà la question car la raison ou l'évidence de l'un n'est pas la raison ou l'évidence de l'autre.

Outre la figure de l'effet pervers, la théorie du droit naturel permet de mobiliser une deuxième forme de la rhétorique réactionnaire, celle de l'inaïté. Si les lois immanentes, sociales ou économiques, finissent par l'emporter, alors on ne peut rien changer à l'ordre du monde. Ce qui conduit à l'acceptation de l'inégalité, état naturel de l'homme, à laquelle François

<sup>166</sup> *Ibid.*, chapitre V.

<sup>167</sup> *L'invention de l'économie au XVIII<sup>e</sup> siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, PUF, 1992, p. 203.

<sup>168</sup> *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Fayard, 1991.

<sup>169</sup> Fr. QUESNAY, *op. cit.* (n. 164), chap. III.

Quesnay consacre le chapitre III de son article « Le droit naturel ». Cette philosophie de la résignation et de la soumission passe par un dressage de l'individu assuré par l'instruction, l'enseignement des lois naturelles. Car l'inégalité règne également dans l'ordre moral : « *l'ignorance est l'attribut primitif de l'homme brut et isolé, dans la société elle est la plus funeste infirmité des hommes ; elle y est même un crime, parce que les hommes étant doués d'intelligence doivent s'élever à un ordre supérieur à l'état des brutes* »<sup>170</sup>.

À l'occasion de la guerre des farines, le peuple ne manquera pas de commettre ce crime d'ignorance. Alors « *le peuple devient la cible de la critique libérale, qui lui applique le raisonnement développé contre la réglementation et la police des grains. On dénonce l'irrationalité d'un peuple 'aveugle et forcené', d'une 'populace imbécile', du 'vulgaire entêté dans sa routine et ses préjugés'. On désigne par là l'archaïsme politique que la critique doit réduire et résorber dans la société* »<sup>171</sup>. Le discours dure jusqu'à aujourd'hui. Les élites et leurs experts ne manquent jamais d'invoquer l'argument lorsque, par malheur, la consultation du peuple s'impose et qu'il rejette les réformes pourtant inspirées par son intérêt exclusif et par la raison la plus évidente, du point de vue des élites<sup>172</sup>.

Le répertoire de l'ordre naturel ou du droit naturel change complètement de registre. De contestataire de l'ordre de la féodalité et de ses privilèges, il devient conservateur d'un ordre inégalitaire établi, fondé sur le droit de propriété<sup>173</sup>. D'ailleurs à la Révolution les détenteurs de privilèges ne manqueront pas d'invoquer l'argument pour tenter de justifier l'indemnisation de la suppression de ces privilèges<sup>174</sup>. Le droit de propriété, « *acquis par le travail* », et la sûreté fondent l'existence de l'État et « *le maintien de l'autorité tutélaire, dont la protection garantit, aux hommes réunis en société, la propriété de leurs richesses, et la sûreté de leurs personnes* »<sup>175</sup>. Le gouvernement dérive de

**170** *Ibid.*, chapitre V.

**171** C. LARRÈRE, *op. cit.* (n. 167), p. 225.

**172** L'exemple du rejet par référendum du projet de Constitution européenne vient immédiatement à l'esprit.

**173** Sur le conservatisme de la physiocratie – qui oublie totalement l'idée de concurrence et de marché, qui occulte tout conflit d'intérêts entre classes définitivement assignées à une place dans le *Tableau économique* – auquel s'oppose chez Turgot une vision historique et non normative de l'évolution des sociétés humaines dont le moteur est le progrès, voir Ph. GILLES et J.-P. BERLAN, « Économie, Histoire et genèse de l'économie politique, Quesnay, Turgot et Condorcet, Say, Sismondi », *Revue économique*, vol. 42, n° 2, 1991, p. 367. Sur la physiocratie et la propriété, voir M. ALBERTONE, « Fondements économiques de la réflexion du XVIII<sup>e</sup> siècle. Autour de l'homme porteur de droits », *Clio@Thémis* (en ligne), n° 3, 2010.

**174** Sur la question, voir par exemple, R. BLAUFARB, « Propriété, politique et délimitation des droits sociaux : le débat sur les rentes foncières, 1789-1811 », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 1, 2010, p. 119 et s.

**175** Fr. QUESNAY, *op. cit.* (n. 164), chap. V.



la propriété, voilà la conviction qui explique la maxime de la physiocratie, due à Mercier de la Rivière : « *propriété, sûreté, liberté* ».

Muni de ce postulat – entendu comme affirmation indémontrable relevant de la croyance et non de la démonstration, celui d'un ordre naturel voulu par « *l'Auteur de la nature* », point de départ purement religieux qui augure mal d'une théorie à prétention scientifique – les physiocrates vont occuper le devant de la scène publique pendant deux décennies. Quesnay, remarquable stratège professionnel, médecin obscur mais placé au cœur du pouvoir à Versailles, comme médecin du roi et de Mme de Pompadour, va s'allier avec un homme de lettres fameux, Victor Riqueti de Mirabeau, auteur de *L'ami des hommes ou Traité sur la population*, paru en 1756. Les physiocrates vont produire une masse de matériaux destinés à envahir les pages des journaux scientifiques de l'époque, le *Journal Économique* ou le *Journal de l'agriculture, du commerce et des finances*, puis les célèbres *Éphémérides du citoyen* en 1766, totalement contrôlées par la physiocratie.

Mais le sectarisme de Quesnay le prive du soutien de larges catégories de population. Le peuple et l'administration monarchique qui, à l'occasion, soutient le peuple, ou les négociants, regardés comme dangereux car sans patrie, se détournent des thèses de l'école. Elle ne conserve plus, comme soutiens actifs, que les gros fermiers engagés dans la voie du capitalisme et les institutions qu'ils contrôlent, comme les académies d'agriculture, ce qui ne fait pas beaucoup de monde. La physiocratie s'avère donc un allié encombrant pour Turgot et ses réformes. Certes elle focalise le regard sur l'agriculture. Mais elle ne produit aucun argument novateur sur la production et la distribution des subsistances.

### III. DES IDÉES AUX ACTES

La libération du commerce des grains de Turgot succède à une première tentative d'un de ses prédécesseurs, Henri Bertin, tentative avortée (A). Ces deux échecs successifs conduisent à s'interroger sur la pertinence de cette politique de libération : ne vient-elle pas trop tôt ? Les conditions sociales et politiques, mais aussi matérielles, les infrastructures par exemple, ne permettent pas (encore ?), la solution du marché (B). Pour l'avoir omis dans son raisonnement, Turgot devra mener la guerre des farines (C) contre une population réfractaire à la thérapeutique libérale jusqu'à la Révolution (D).



## A. Une politique publique de la liberté

Quel est le fil de d'histoire<sup>176</sup> ? Déjà, le 17 septembre 1754, renouant avec une politique publique remontant à Saint-Louis, un arrêt du Conseil avait autorisé la libre circulation en franchise des grains et farines à l'intérieur du royaume. Le 22 novembre 1759, Henri Bertin, acquis aux idées de la physiocratie<sup>177</sup> devient Contrôleur général des finances. Profitant de l'incontestable « popularité du projet libéral »<sup>178</sup> un édit signé par le roi le 25 mai 1763 autorise la libre circulation des « grains, farine, les légumes dans toute l'étendue du royaume » alors que les opérations commerciales sont rendues à peu près libres. Le 19 juillet 1764 un édit royal supprime toute entrave au commerce des grains, sauf à Paris et dans sa région. En outre, l'importation mais aussi l'exportation sont partiellement autorisés. Le Parlement de Paris enregistre l'édit le 2 décembre 1763. Mais le déroulement des débats ne contribue pas à la sérénité. L'avocat général, Joly de Fleury avait conclu au refus de l'enregistrement. Le rapporteur, l'abbé Terray, quoique très hostile aux idées des économistes, donna des conclusions différentes en déclarant : « essayons-en, si, comme il y a tout lieu de le craindre, l'expérience prouve les inconvénients de cette nouvelle législation, on reviendra aux anciennes lois »<sup>179</sup>. L'édit confirme l'arrêt de 1754. La seule innovation se trouve à l'article premier du texte qui autorise toute personne à faire le commerce des grains, sans remplir aucune formalité.

En matière de commerce extérieur, les récoltes abondantes se succédant depuis 1760, les députés du commerce, puis les Parlements de Grenoble, de Rouen et de Besançon réclament une liberté entière d'exporter les grains. Cette libération se réalisa par étapes. Clément Charles François de l'Averdy, successeur de Bertin, fait admettre le principe de l'exportation libre du grain jusqu'à un plafond, fixé à 30 livres le setier, par un édit de juillet 1764<sup>180</sup>.

La libération constitue un événement de première importance en marquant une rupture radicale avec une tradition monarchique, celle de la police des grains, une formidable libération de la nation. La législation traditionnelle fait des subsistances une question locale, prise en charge par l'administration locale en fonction des circonstances propres à chaque lieu. Mais le choc violent déstabilise le système traditionnel. Pourquoi donc ? Même

**176** Pour une analyse précise et très détaillée des événements, voir St. L. KAPLAN, *Le pain, le peuple et le Roi [...]*, op. cit. (n. 37).

**177** Selon DUPONT DE NEMOURS, *Notice sur les Économistes*, publiée en tête de *L'éloge de Gournay*, par TURGOT, in E. DAIRE, op. cit. (n. 77), t. 1, p. 260.

**178** St. L. KAPLAN, *Le pain, le peuple et le Roi [...]*, op. cit. (n. 37), p. 121.

**179** E. GAUDEMET, op. cit. (n. 66), p. 113.

**180** Sur les rapports politiques extrêmement complexes au cours de la réforme, voir particulièrement St. L. KAPLAN, *Le pain, le peuple et le Roi [...]*, op. cit. (n. 37), p. 108 et s.

aujourd'hui, l'enchevêtrement des causes des conséquences demeure difficile à démêler. Steven Kaplan écrit « *la libération du commerce des grains exacerbe les oscillations à court terme et accélère les mouvements cycliques à long terme en bouleversant les habitudes du marché, en modifiant le processus habituel d'écoulement du grain, en multipliant le nombre des intermédiaires, en réduisant l'approvisionnement local et visible, en encourageant le stockage et le regratage et en introduisant sur le marché l'aventure et l'incertitude qui influencent l'offre et la demande* »<sup>181</sup>. Comme toute entreprise de libération de l'économie mal préparée – dans laquelle les institutions d'un marché font défaut ce qui interdit l'avènement d'une économie rationnelle – cette liberté assimilée à une licence produit le développement d'un commerce d'opportunistes, d'un capitalisme irrationnel d'aventuriers.

Les consommateurs, ne se sentant plus protégés par la réglementation du prix du pain, voient dans la mesure un facteur de hausse. La rumeur publique parle de « *pacte de famine* », de complot de spéculateurs auquel le roi serait lui-même associé. Les Parlements trouvent une belle occasion de résister à la politique monarchique. En 1767 une mauvaise récolte conduit les Parlements et les officiers de police à rendre des ordonnances opposées aux lois qu'ils ont mission de faire appliquer. Le Parlement de Rouen rétablit la réglementation du commerce des grains le 15 avril 1768. Au cours de l'été 1770, c'est le tour des Parlements de Paris et de Dijon. Ils prescrivent l'exécution de lois formellement abolies, comme la taxation. Avec les récoltes médiocres de 1769 et de 1770, le prix du blé reste élevé. Le 23 décembre 1770, l'édit de 1764 est aboli. Toutefois Turgot, à l'époque intendant du Limousin, maintient la liberté des grains dans sa province.

Les médias de l'époque s'emparent de la question. Voltaire s'en fait l'écho dans le *Dictionnaire philosophique* de 1770, à l'article « Blé ». Les opinions exprimées se partagent en trois courants. Gabriel Bonnot de Mably représente le premier courant, extrêmement minoritaire<sup>182</sup>. Il théorise l'économie morale de la foule.

Mais l'essentiel se regroupe en deux camps, les théoriciens et les pragmatiques. Les théoriciens emmenés par les physiocrates, la « *secte des économistes* », Quesnay<sup>183</sup> ou Dupont de Nemours<sup>184</sup>, mais encore Turgot<sup>185</sup>, non physiocrate mais défendant l'idée la liberté de circulation des grains, plaident pour la liberté fondée sur le droit de propriété. À ces adeptes de la

**181** *Ibid.*, p. 184.

**182** *Du commerce des grains*, Paris, 1775. Cf. H. E. BÖDEKER et P. FRIEDMAN, *Gabriel Bonnot de Mably, Textes politiques 1751-1783*, L'Harmattan, 2008.

**183** Dans les articles de l'*Encyclopédie* « Fermiers » et « Grains » publiés en 1756 et 1757.

**184** *Observations sur les effets de la liberté du commerce des grains*, Paris, 1770.

**185** *Lettres sur la liberté du commerce des grains*, 1770, édition Daire, t. 1, p. 155 et s., disponible sur Gallica.

rationalisation formelle de l'action politique, qui recourent aux règles de la logique, s'opposent des pragmatiques. Ils préconisent plutôt une rationalisation matérielle, plus sensible aux circonstances. Courant plus hétérogène qui rassemble par exemple, l'abbé Galiani<sup>186</sup>, ambassadeur de Naples à Paris, esprit brillant et caustique, ou Jacques Necker<sup>187</sup>, un Suisse enrichi dans la banque à Paris. L'attention va se focaliser, et jusqu'à aujourd'hui, sur la confrontation des deux derniers courants. Ils sont pourtant d'accord sur l'essentiel, la liberté commerciale doit s'imposer sur un marché national unifié. Ils diffèrent seulement sur les moyens pour atteindre le résultat. Le courant plutôt dogmatique l'emporte dans un premier temps avec Turgot. Le courant plus réaliste lui succède avec Necker. Malgré son réalisme il n'évitera pas la Révolution. Révolution qui signe l'échec du régime monarchique à se réformer.

An décès de Louis XV, le 10 mai 1774, Louis XVI choisit le comte de Maurepas, ancien secrétaire d'État à la Marine, comme ministre d'État. En juillet 1774, Anne Robert Jacques Turgot est nommé secrétaire d'État à la marine, en août Contrôleur général des finances. L'arrêt du Conseil « *établissant la liberté du commerce des grains et des farines à l'intérieur du Royaume et la liberté d'importation* » date du 13 septembre<sup>188</sup>.

L'homme qui arrive au pouvoir est le modèle même du grand commis de l'État. De plus et comme en passant, à en croire Joseph Schumpeter qui s'y connaissait, il s'agit « *de l'un des plus grands économistes scientifiques de tous les temps* »<sup>189</sup>. Né en 1727, issu d'une famille de vieille noblesse normande, passablement aisée, il est le plus jeune fils d'un personnage important, le prévôt des marchands de Paris. Formé en Sorbonne, il abandonne le projet de rentrer dans les ordres pour devenir substitut, puis conseiller et enfin maître des requêtes au Parlement de Paris. En 1755 et 1756 il accompagne Vincent de Gournay, alors intendant de commerce et grand précepteur d'un cercle d'économistes<sup>190</sup>, pendant un voyage dans l'Est de la France. Entre 1755 et 1756, il écrit divers articles pour l'*Encyclopédie*, un autre sur les *Valeurs des monnaies* et compose en 1759 un *Éloge de Gournay*. Enfin, en août 1761, Turgot est nommé intendant de la généralité de Limoges, fonction qu'il occupera jusqu'au moment où il sera appelé à une carrière ministérielle.

Dans ces fonctions, il mène une politique « *colbertiste* » en encourageant l'agriculture ou les industries locales et en développant les travaux publics. Dans les périodes de famine, il impose aux propriétaires de nourrir les métayers, il organise des bureaux de charité pour fournir du travail aux

**186** *Dialogue sur le commerce des blés*, Londres, 1770, in *Mélanges d'économie politique*, t. II, 1848, p. 7.

**187** *Sur la législation et le commerce des grains*, Paris, 1775 ; Edires, 1986.

**188** Le texte est disponible sur Gallica, le site de la BnF.

**189** J. A. SCHUMPETER, *op. cit.* (n. 3), t. 1, p. 347.

**190** Voir L. CHARLES, Fr. LEFEBVRE et Chr. THÉRE (dir.), *op. cit.* (n. 10).

pauvres et distribue un secours aux indigents incapables de travailler. Un homme instruit par une longue pratique de l'administration, active et pas seulement de contrôle, arrive au gouvernement. Parmi les nombreux chantiers de réformes qu'il entend entreprendre, depuis la suppression des corporations jusqu'à la réforme de la représentation politique, il entame en premier lieu la réforme du commerce des grains.

Un long préambule, rédigé par Turgot lui-même, précède l'arrêt du 13 septembre 1774 et précise la portée du texte qui s'inscrit dans l'histoire récente de la réglementation. Distinguons deux aspects : la circulation et les règles de marché. S'agissant du commerce extérieur, l'arrêt ne prend pas le risque de rétablir la liberté d'exportation, mesure la plus controversée et la plus impopulaire tant il paraissait difficile de faire admettre que l'on exportât du grain quand il risquait de manquer. En revanche, les dispositions nouvelles autorisent, voire encouragent l'importation. Pour le commerce intérieur, rien ne change. Si l'ancienne réglementation prévoyait que le commerce de province à province devait obtenir une autorisation du ministre ou de l'intendant, l'édit de 1764 supprimait cette disposition que l'édit de 1770 ne rétablissait pas. La circulation intérieure demeurait libre<sup>191</sup>. En revanche, les règles de marché, rétablies en 1770, sont supprimées : voilà l'essentiel de l'apport de l'arrêt.

Le préambule fournit une synthèse exemplaire de la doctrine des « *économistes* ». Pour la foule et les partisans de la réglementation, tout le mal vient des accapareurs et des spéculateurs. Il faut donc prendre des mesures pour empêcher la concentration et la rétention des grains. Pour les « *économistes* » tout le mal vient de la réglementation elle-même et Turgot prend un soin méticuleux à le démontrer. Le premier paragraphe du préambule affirme, sous la forme du constat, que « *ces mesures n'ont point eu le succès qu'on s'en était promis* ». Le roi aurait donc décidé de procéder à « *l'examen le plus mûr et le plus réfléchi* ». Il aurait constaté, « *avec la plus grande satisfaction* », que la solution se réduit « *à observer l'exacte justice, à maintenir les droits de la propriété et la liberté légitime des sujets* ». Laisser faire, laisser passer pour que joue le mécanisme régulateur automatique : le prix. La liberté apparaît comme « *l'unique moyen de prévenir, autant il est possible, les inégalités excessives dans les prix, et d'empêcher que rien n'altère le prix juste et naturel que doivent avoir les subsistances, suivant les variations des saisons et l'étendue des besoins* ». Dans cette affirmation, ce qui compte c'est d'éviter les « *inégalités excessives* ». Autrement dit, il faut rechercher la stabilité relative des prix.

Puis Turgot s'explique sur les motifs mêmes du préambule. Par référence aux représentations traditionnelles, le roi démontrerait qu'il veut

**191** Ce point est controversé, suite, semble-t-il à une erreur de Michelet. Pourtant il ne fait aucun doute puisque le préambule de l'arrêt de 1774 le mentionne : « *L'Arrêt du 23 décembre 1770 assurait expressément la liberté du transport de province à province* ».

gouverner « *comme un père conduit ses enfants, en mettant sous leurs yeux leurs véritables intérêts* » afin de « *prévenir ou calmer les inquiétudes que le peuple conçoit si aisément sur cette matière et que la seule instruction peut dissiper* ». Conformément aux représentations de la physiocratie, de Condorcet et des libéraux de tous les lieux et de toutes les époques, le peuple végète dans une minorité politique perpétuelle. La mission du pouvoir et de ses experts consiste à l'instruire et à le dresser dans la logique rationnelle du calcul économique et du véritable intérêt<sup>192</sup>. Ayant affirmé les bases immuables de son action, « *la raison et l'utilité* », le pouvoir augmentera « *la confiance des négociants* ».

Ensuite le préambule propose un diagnostic de la situation. La variété des saisons et la diversité des sols entraîneraient une grande irrégularité dans la production. Pour assurer l'approvisionnement il n'existerait que deux solutions, outre l'amélioration de la production, le transport ou la garde des grains. Seule la « *liberté de communication* », autrement dit la création d'un marché national, permettrait de satisfaire tous les intérêts en présence. Les producteurs, en cas d'abondance, pourront obtenir l'écoulement du superflu. Les consommateurs qui « *se refuseraient à partager ce qu'ils ont avec ceux qui n'ont pas* » s'excluraient d'eux-mêmes du jeu de l'échange. Enfin cette liberté serait « *juste* » car elle préserverait le droit de propriété de chacun.

Une fois établi que seule la circulation pourrait venir à bout des disettes, le préambule de l'arrêt pèse les avantages et des inconvénients des différentes modalités de distribution les subsistances, soit le commerce libre, soit par « *l'intervention du gouvernement* ».

Empruntant la voie ouverte par son mentor, Vincent de Gournay, Turgot s'atèle à une tâche encore difficile à l'époque, l'éloge du négociant. Quels sont ses atouts ? Il disposerait des moyens dont manque l'administration : les capitaux ou la maîtrise de l'information et des techniques commerciales, l'intérêt personnel qui conduit à éviter des pertes. Par ailleurs, cette efficacité ne peut tourner au détriment du consommateur puisque « *leur concurrence rend impossible tout monopole* ». La logique du commerce, la circulation rapide des marchandises et de l'argent, doit conduire le négociant à se contenter de « *profits médiocres* ». Cette animation des transactions permet au peuple d'être « *promptement, efficacement et abondamment pourvu* ». Mais surtout « *les prix sont d'autant plus uniformes, ils s'éloignent d'autant moins du prix moyen et habituel sur lequel les salaires se règlent nécessairement* ».

<sup>192</sup> CONDORCET, *Réflexion sur le commerce des bleds*, Londres, 1776, qui écrit, p. 139, « *l'opinion des hommes éclairés forme à la longue l'opinion publique, elle finira donc par être favorable aux marchands de blé ; il suffira même peut-être de quelques années de liberté* ».

L'examen des « *approvisionnements faits par les soins du gouvernement* » fournit un bel exemple d'auto-flagellation de l'État par son ministre. Le préambule détaille les maladresses, voire les malversations, générant le soupçon du peuple dans la mise en œuvre d'une politique publique dispendieuse qui, de plus, dissuade les négociants d'intervenir par crainte de vendre à perte. Le seul motif du système réglementaire serait l'illusion du gouvernement qui « *se rendrait par là maître du prix des subsistances, et pourrait, en tenant les grains à bon marché, soulager le peuple et prévenir ses murmures* ».

Turgot consacre ici un long passage à « *l'effet de prix* ». Il observe que le gouvernement qui prend l'engagement de tenir les grains à bon marché une année de pénurie, promet « *au peuple une chose impossible et se rend responsable à ses yeux d'un mauvais succès inévitable* ». Il affirme, contre une idée largement répandue à son époque, que la production dans une année moyenne n'est pas supérieure à la consommation. Si la production se maintient durablement au-dessus de la demande, les prix baissent et le laboureur réduit ses investissements. Une mauvaise année, le renchérissement se produit inévitablement et le grain manque d'autant que les détenteurs de grains n'apportent pas leur marchandise au marché pour la vendre à un prix médiocre. Les administrateurs « *égarés par une inquiétude qui augmente encore celle des peuples, se livrent à des recherches effrayantes dans les maisons des citoyens, se permettent d'attenter à la liberté, à la propriété, à l'honneur des commerçants, des laboureurs, de tous ceux qu'ils soupçonnent de posséder des grains. Le commerce vexé, outragé, dénoncé à la haine du peuple, fuit de plus en plus ; la terreur monte à son comble ; le renchérissement n'a plus de bornes, et toutes les mesures de l'administration sont rompues* ». La conclusion s'impose : « *le gouvernement ne peut donc se réserver le transport et la garde des grains sans compromettre la subsistance et la tranquillité des peuples. C'est par le commerce seul, et par le commerce libre, que l'inégalité des récoltes peut être corrigée* ».

L'arrêt supprime donc, pour les commerçants, l'obligation de se faire inscrire sur un registre, formalité qui met continuellement les commerçants et leur fortune « *sous la main d'une autorité qui semble s'être réservée le droit de les ruiner et de les déshonorer arbitrairement* » (les subordonnés du ministre apprécieront la pique). Il supprime également l'interdiction de vendre ailleurs que sur les marchés, obligation qui génère des coûts de transaction et entrave les opérations d'envergure. Le monarque invite tous ses sujets à se livrer au commerce des grains et autorise sans réserve l'importation des grains étrangers et garantit « *la liberté d'en disposer* ».

Toutefois, un aspect important du système nouveau ne figure pas directement dans le texte même de l'arrêt mais dans son préambule et bon nombre de commentateurs omettent de signaler son existence. Le ministre

fait dire à Sa Majesté : « *mais, si la Providence permettait que, pendant son règne, ses provinces fussent affligées par la disette, elle se promet de ne négliger aucun moyen pour procurer des secours vraiment efficaces à la portion de ses sujets qui souffre le plus des calamités publiques* ». Plus loin, le texte dit encore, après avoir interdit tout achat en son nom, que le monarque se réserve « *dans les cas de disette, de procurer à la partie indigente de ses sujets les secours que les circonstances exigeront* ». Autrement dit, et pour reprendre une expression de Pierre Bourdieu, la main gauche de l'État n'est pas oubliée au seul profit de sa main droite. Turgot, le ministre, se réserve d'utiliser les politiques sociales qu'il avait appliqués comme intendant en Limousin<sup>193</sup>.

Réduire Turgot au libéralisme relève de l'amnésie (de la manipulation ?). Dès l'article « Fondation » paru dans l'*Encyclopédie* en 1757, il affirme : « *le pauvre a des droits incontestables sur l'abondance du riche ; l'humanité, la religion, nous font également un devoir de soulager nos semblables dans le malheur* ». Le pauvre « *a des droits incontestables sur l'abondance du riche* », Robespierre ne dira pas autre chose. Turgot pense, certes, que la libération de l'économie va accroître les richesses à long terme. Mais, en cas d'urgence, Turgot l'intendant met en place des mesures dirigistes à caractère social. Il rompt avec la conception traditionnelle de la charité pour expliquer la pauvreté et les disettes par des causes économiques et pas seulement individuelles. En cas de hausse du prix des subsistances, la question est davantage un problème de solvabilité qu'un problème d'insuffisance de production ou un simple dysfonctionnement du marché. Le droit au travail pour tous à un salaire décent fournit la seule réponse possible à long terme.

Le régime des secours de l'intendant repose, d'une part, sur les bureaux de charité qui fournissent une aide directe, en nature le plus souvent, à ceux qui sont dans l'impossibilité de travailler. Ces distributions, faites au domicile de l'indigent, pour rester plus discrètes car l'intendant redoute les parasites, fonctionnent comme des banques alimentaires. Cette pratique se distingue radicalement des mesures punitives et d'enfermement prises jusque-là. D'autre part, les ateliers de charité doivent attribuer du travail aux valides. Comme le droit de travailler est « *la propriété de tout homme, et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes* »<sup>194</sup>, l'intendant se charge de fournir un travail, utile et rentable, à cette catégorie d'indigents,

**193** Le projet original contenait une disposition relative aux ateliers de charité, il a disparu du texte définitif ; voir E. FAURE, *op. cit.* (n. 3), p. 210. Il n'en demeure pas moins que le préambule contient l'engagement explicite du monarque de procurer des secours en cas de nécessité. Sur la « politique sociale » de Turgot comme intendant, voir, par exemple, J.-P. POIRIER, *Turgot, Laissez-faire et progrès social*, Perrin, 1999 ; A. Clément, « La politique sociale de Turgot : entre libéralisme et interventionnisme », *L'actualité économique*, vol. 81, n° 4, 2005, p. 725.

**194** Turgot, cité par A. CLÉMENT, *art. cit.* (n. 193), p. 738.



notamment en développant les travaux publics d'amélioration et d'entretien des voies de communication.

Pour mettre en œuvre cette politique, Turgot recourt au secours royal. Mais il prend aussi des mesures plus radicales. L'ordonnance du 28 février 1770, « *qui enjoint aux propriétaires de domaines de pourvoir à la subsistance de leurs métayers ou colons* »<sup>195</sup>, constate que les propriétaires, en raison de la modicité de la récolte, ont renvoyé une partie de leurs métayers, « *abandonnés par leurs maîtres et dénués de toutes ressources* ». L'ordonnance invoque non seulement la charité mais aussi la justice – s'agissant de pauvres auxquels les propriétaires « *sont liés par des rapports plus particuliers fondés sur les services mêmes qu'ils sont dans l'habitude d'en recevoir* » – mais encore l'intérêt pour justifier cette mesure. La dépopulation serait contraire aux intérêts des propriétaires et de l'État. Les propriétaires devront donc reprendre les métayers et leurs familles pour les nourrir jusqu'à la récolte prochaine. À défaut, les propriétaires seront « *contraints à fournir, ou en argent ou en nature, à la décharge des autres contribuables de la paroisse, la subsistance de quatre pauvres* ».

Dès le 1<sup>er</sup> mars 1770, l'intendant élargit encore son système d'assurance chômage puisqu'une ordonnance « *charge les propriétaires et habitants des paroisses de la généralité de Limoges de pourvoir à la subsistance des pauvres jusqu'à la récolte prochaine* »<sup>196</sup>. Il décide, à l'article 5 de l'ordonnance, que « *tous les habitants aisés résidant dans la ville ou paroisse, tous ceux qui y possèdent des biens fond, des dîmes ou des rentes, seront tenus d'assister, suivant leurs moyens, les pauvres de la ville ou de la paroisse* ». Cette assistance prendra deux formes, soit la contribution en argent ou en nature, soit « *qu'on préfère de donner à chaque habitant aisé un certain nombre de pauvres à nourrir* ». L'intendant accompagne le marché par des « *mesures sociales* » pour le rendre supportable<sup>197</sup>.

Turgot, le ministre, pare au plus pressé, adopte la mesure la plus facile et qui ne suppose pas des dispositions d'application nécessairement complexes, il libère le marché. De la devise de la science du commerce, « *liberté et protection* », il ne retient, pour l'instant que la liberté en réservant la protection à d'autres dispositions. Il s'agit sans doute là d'une faute politique<sup>198</sup>. D'autant

**195** Œuvres de Turgot, dans l'édition DAIRE, 1844, p. 46, disponible sur le site Gallica.

**196** *Ibid.*, p. 49.

**197** Sur les conceptions de la « politique sociale » à l'époque, voir, par exemple, J. HECHT, « Trois précurseurs de la sécurité sociale au XVIII<sup>e</sup> siècle : Henry de Boulainvilliers, Faiguet de Villeneuve, Du Beissier de Pizany d'Eden », *Population*, n° 1, 1959, p. 73 et s. ; A. CLÉMENT, « Faut-il nourrir les pauvres ? », *Anthropologie of food* (en ligne), 6 septembre 2008, qui observe qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle la conviction est qu'il faut nourrir les pauvres petitement pour les contraindre au travail : par le marché, la société « *peut régler harmonieusement le problème* » (n° 5) ; P. MARDELLAT, « Pauvreté et misère, quelle place et quelle signification dans l'histoire de la pensée économique », *Cahiers d'économie politique*, n° 59, 2010/2, p. 5 et s. ; C. LARRÈRE, « Montesquieu et les pauvres », *Cahiers d'économie politique*, n° 59, 2010/2, p. 25 et s.

**198** TURGOT connaissait bien le risque puisqu'il écrivait dans l'*Éloge de Gournay* (*op. cit.* [n. 177], p. 16) que Gournay « *savait combien toutes les améliorations ont besoin d'être préparées, combien les*



que la solution du marché relève d'un monde imaginaire, d'une « *utopie* » dira Necker, tant les conditions d'un marché national manquent à l'époque<sup>199</sup>.

## B. Quel marché ?

Pourquoi le marché relève-t-il, plus encore à l'époque qu'aujourd'hui, de l'utopie ? D'abord les producteurs ne récoltent pas principalement pour vendre, pour gagner de l'argent mais pour se nourrir, autrement dit l'objectif de maximisation de l'intérêt du paysan, le mobile du profit, manque cruellement à ce rustre. Condorcet, proche collaborateur de Turgot, le dit bien : « *les cultivateurs accoutumés à une vie dure et frugale, ont peu de besoins, et par conséquent peu d'activité. La moindre gêne les dégoûte, la moindre discussion les fatigue... Ils demanderaient à la terre de quoi vivre et non de quoi s'enrichir* »<sup>200</sup>. L'intérêt du paysan n'est pas celui des philosophes, ni celui du pouvoir. Ensuite les grains de redevance constituent une bonne part de la production, les circuits de redistribution de cette partie de la récolte sont particulièrement complexes et ne relèvent pas nécessairement de la logique du marché. La représentation de l'économie en trois étages par Fernand Braudel s'applique particulièrement bien dans ce secteur de l'activité. L'étage de l'auto-consommation domestique, fonctionnant sur le modèle du don et du contre-don, absorbe l'essentiel de la production. Au deuxième étage, celui du commerce de marché, les structures commerciales manquent cruellement. Enfin, un troisième étage, celui des grandes manœuvres qui, comme le premier échappe aux règles de la concurrence et jouit de la protection de l'État, souvent contre les autorités locales<sup>201</sup>, assure efficacement l'approvisionnement des villes et des armées<sup>202</sup>. Que vaut un raisonnement en termes

---

*secousses trop subies sont dangereuses* ». TURGOT a sans doute pensé que les expériences précédentes avaient préparé les esprits à sa réforme.

**199** La lecture de J. MEUVRET (*op. cit.* [n. 36], spéc. le tome III, *La production des céréales et la société rurale*, texte, Éditions de l'EHESS, 1988) donne une idée de l'immensité de la tâche à accomplir pour l'État afin de réaliser l'unification du territoire national.

**200** *Lettres sur le commerce des grains*, Paris, Chez Couturier Père, 1774, p. 10, disponible sur le site Gallica. Cette affirmation, d'une part, reflète les représentations de l'élite du temps sur la population des campagnes. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini. D'autre part, elle montre, chez les gouvernants et les « économistes » de l'époque, une claire conscience du mécanisme des « coûts de transaction ». La réglementation constitue un coût pour le producteur qui contribue à le dissuader d'offrir ses marchandises sur le marché et donc de produire davantage.

**201** C. A. BOUTON, art. cit. (n. 59), p. 4 de l'édition électronique, qui écrit que « *l'État facilitait la spéculation en même temps qu'il cherchait à développer la circulation des grains et, ce qui est même plus important, il la facilitait davantage pendant les périodes de crise* ».

**202** Cette structure s'inscrit dans les terres, voir le magnifique ouvrage de J.-M. MORICEAU, *op. cit.* (n. 45), p. 356 et s. qui démontre la concentration des exploitations autour de Paris dès la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle et qui écrit : « *à la fin de l'Ancien Régime, le fermier de l'Île-de-France cultivait le plus souvent 100 ha et davantage* », superdicie très importante pour l'époque.

de prix dans une société qui n'est pas encore une société de marché et pour une activité visant principalement à la subsistance et non à la vente, sur le modèle du don dans lequel le prix n'intervient pas ?

Par ailleurs, les moyens de transports restent rudimentaires. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, si les progrès sont considérables, il faut encore six jours en 1789, pour les voyageurs les plus fortunés, pour joindre Paris à Bordeaux, au prix de 125 livres, soit le quart du salaire annuel d'un artisan. Le réseau se développe, mais essentiellement autour de Paris et dans le Nord et l'Est du royaume, le Sud et l'Ouest restent à l'écart des voies de communication terrestres<sup>203</sup>. Le réseau secondaire demeure précaire. Par terre, le roulage est essentiellement l'œuvre de « *demi-professionnels* »<sup>204</sup> utilisant les mêmes moyens que les paysans. Les voies de circulation restent fragiles et le réseau routier souffre de son morcellement, par un pont détruit ou une portion de chaussée impraticable. Bien des transports s'effectuent par portages, par bêtes de somme ou même à dos d'homme.

Le transport par voie d'eau, souvent le seul rentable sur longues distances, s'effectue sur des cours d'eau à peine aménagés, voire sauvages. L'irrégularité, selon les saisons par exemple, et le morcellement frappent aussi ce mode de transport. Ainsi bon nombre de cours d'eau ne se pratiquent qu'à la descente, le navire étant « *déchiré* », autrement dit dépecé en « *pays bas* », pour récupérer les matériaux de valeur. Chaque rivière, voire chaque portion dispose d'une batellerie originale. À ces causes naturelles de morcellement, s'ajoutent les entraves juridiques, puisque la voie d'eau reste la proie de fiscalités et de monopoles nombreux. L'irrégularité de l'activité explique qu'elle soit exercée par de petits artisans ayant souvent recours à une main-d'œuvre d'occasion, recrutée sur place. Quelques entreprises de coches d'eau, d'une envergure limitée, font cependant exception.

Le transport par mer souffre des mêmes irrégularités. Comme tous les transports de l'époque, la difficulté majeure est celle du conditionnement et de la conservation de la marchandise car, transportés au fond du navire, les grains souffrent du contact avec l'humidité. De plus, la piraterie menace la sécurité des navires. Avec un système d'assurances rudimentaire et une flotte nationale notoirement déficiente, les capitaux placés dans les transports restent d'un montant médiocre, ils sont peu concentrés et peu entreprenants. Marchandise volumineuse et fragile, le grain ne voyage qu'en faible quantité et sur courte distance, à un coût exorbitant puisqu'une distance de 400 kilomètres double le prix du grain<sup>205</sup>.

**203** J. CORNETTE, *op. cit.* (n. 71), p. 225 et s.

**204** J. MEUVRET, *op. cit.* (n. 36), p. 63.

**205** Voir, par exemple, St. L. KAPLAN, *Les ventres de Paris [...]*, *op. cit.* (n. 37), p. 67, qui écrit « *la difficulté et les coûts des transports, qui retardèrent la croissance de tous les secteurs économiques sous l'Ancien Régime, handicapèrent beaucoup le commerce des grains dans le royaume* ».

Le cloisonnement en de multiples petits marchés locaux résulte encore des pratiques. La multiplicité des voies de circulation des grains rend le correspondant local indispensable aux marchands de la grande ville. Seul l'homme du pays peut connaître les détenteurs des grains disponibles pour la vente, l'état des stocks ou des finances des propriétaires. Lui seul détient des informations sur l'état des voies de communication, les pratiques de conditionnement de la marchandise, l'état de la réglementation locale mais, surtout, les pratiques administratives de mise en œuvre de cette réglementation. Par-dessus tout, la France comme l'Europe entière vit dans un véritable « *chaos métrologique* »<sup>206</sup>. Non seulement les unités de mesure varient d'un lieu à l'autre, mais les méthodes de mesurage obéissent à des règles coutumières locales : mesure comble ou grains sur bord, grain tassé ou non tassé, comble après tassage ou sans tassage. Enfin les méthodes de dénombrement de la marchandise ne sont pas homogènes. « *Faire bonne mesure* » peut s'entendre selon les lieux de façon différente : 13 mesures pour 12 par exemple. Ces multiples singularités ne gênent pas les acteurs locaux, au contraire. Elles suffisent souvent à écarter la concurrence venue de l'extérieur. Si ce désordre extrême ne résulte pas d'un plan établi mais d'un legs de l'histoire, l'adresse commerciale consiste à exploiter ce monopole de fait. Après la Révolution, le système métrique lui-même mettra un demi-siècle avant de s'imposer. Les coutumes véritables, mais aussi les simples pratiques, offrent aux populations locales les moyens d'un contrôle décentralisé de leurs conditions d'existence.

La réalité de la France du XVIII<sup>e</sup> siècle est bien plutôt celle de marchés locaux fragmentés, sans connexion les uns avec les autres, connaissant de fortes disparités interrégionales des conditions de production, de distribution et de prix<sup>207</sup>. Si les informations circulent sans doute moins lentement que les marchandises, l'hypothèse de négociants parfaitement informés et à un coût très faible ne se réalise sans doute jamais. Il y a dans le raisonnement de Turgot « *une manière de tour de force théorique, une véritable tautologie en fait : il postule l'existence déjà effective des mécanismes de concurrence parfaite que sa politique a pour but, précisément, de mettre en place* »<sup>208</sup>. Pour parler de marché, il faut que l'entrée sur le marché soit libre, or les contraintes restent extrêmement nombreuses. Il faut aussi que le marché soit transparent quant au prix et aux quantités. Or, en autorisant les « *transactions privées* », celles qui se concluent en dehors du marché public, l'achat en bloc d'une récolte sur pied par exemple, Turgot rend les transactions opaques sur les prix et les quantités. Paradoxalement, il éloigne l'objectif qu'il se propose d'atteindre.

**206** L'expression est de J. MEUVRET, *op. cit.* (n. 36), p. 143.

**207** Sur la persistance de marchés du blé segmentés jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, voir J.-M. CHEVET et P. SAINT-AMOUR, « L'intégration des marchés du blé en France aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles », *Cahiers d'Économie et de Sociologie rurales*, 22, 1992, p. 152.

**208** Ph. MINARD, *op. cit.* (n. 10), p. 280.

Le marché national des céréales n'existe donc qu'à l'état embryonnaire. Le fait semble si massif qu'il paraît très improbable qu'un homme aussi averti que Turgot ait pu l'ignorer. La précondition du marché, la possibilité même d'un échange, autrement dit la liberté de circulation, reste le plus souvent une liberté théorique. La construction d'un marché unifié d'une certaine envergure suppose une politique publique de longue haleine. Turgot fixe un objectif à long terme à l'action de l'État, investir dans les voies de communication, unifier les instruments de mesure et le système fiscal, par exemple. Mais pas seulement. Il connaît trop les réalités de la France pour imaginer que la théorie des vases communicants puisse réellement fonctionner. Il espère sans doute que la simple croyance dans la liberté de circulation peut produire des effets apaisants sur les craintes populaires : en cas de nécessité, le secours pourrait provenir du dehors. Surtout, il pense aboutir par un autre mécanisme, le mécanisme des prix. Le marché national relève d'une construction imaginaire. Mais cette construction imaginaire peut bien produire des effets réels. L'émeute démontre à Turgot qu'il surestime cette conséquence de sa politique.

### *C. L'émeute*

Turgot se trompe sur l'effet dormitif de cette disposition<sup>209</sup>. En septembre, il n'ignore pas que la récolte s'annonce médiocre. À partir du mois de mars 1775, le ministre reçoit des communications alarmantes : la cherté du blé provoque divers incidents. Turgot, dans les consignes qu'il adresse alors à l'administration, préconise, d'abord, la méthode persuasive pour décider les détenteurs de marchandises à les mener au marché. Ensuite, il ordonne une répression énergique. Enfin il décide d'indemniser toutes les victimes des troubles populaires. Ces mesures s'avèrent insuffisantes. En avril, les émeutes éclatent à Reims ou Dijon et dans diverses régions, essentiellement autour de Paris. Le 2 mai 1775, un groupe de mécontents se présente aux grilles du château de Versailles. Les troupes sont alors déployées pour protéger Paris et ses abords en état de siège. Elles contiennent les émeutes et le 11 mai – jour de l'exécution capitale de deux émeutiers, ni plus ni moins coupables que les autres, mais victimes surtout d'une justice expéditive, les juridictions prévôtales – le calme revient. Une ordonnance, signée le même jour, accorde l'amnistie à toutes les personnes qui rentrent immédiatement dans leur paroisse et restituent les prélèvements illicites.

Du point de vue du trouble à l'ordre public, la guerre des farines semble un événement mineur qui trouve sa solution en une quinzaine de jours.

**209** De façon générale, le nombre d'émeutes double entre 1763 et 1789, en lien avec la libération du commerce. Voir C. A. BOUTON, art. cit. (n. 59), p. 6.

L'émeute achevée, commence l'autre querelle, celle de l'interprétation de l'événement. Les autorités minimisent le mouvement en affirmant qu'il s'agit d'un complot de brigands agissants en bande organisée. Pendant longtemps, le préjugé favorable accordé à Turgot par la postérité a conduit les historiens à se contenter de cette lecture des faits. Un auteur anglais, Georges Rudé, remet en cause cette interprétation<sup>210</sup> et les études récentes et très en détail montrent le caractère réducteur de l'interprétation par le complot. Comme le remarquait Marc Bloch, le projet libéral présente un aspect difficilement compréhensible : il faut immédiatement améliorer le sort des riches, en laissant monter le prix des subsistances par exemple, pour que, à terme, le bénéfice s'étende aux pauvres<sup>211</sup>. L'argument qui « *permet à la doctrine capitaliste de s'exprimer pour la première fois* » est d'autant plus difficile à entendre qu'il s'accompagne de propos « *d'une inhumanité crue* », lorsqu'il affirme que « *la misère serait le résultat d'une coupable fainéantise* », par exemple<sup>212</sup>. Autant dire qu'il faut du temps pour faire avaler la potion libérale à la populace, pour utiliser le vocabulaire des élites du temps<sup>213</sup>. Aujourd'hui, le peuple semble être dressé (encore que), et nous autres, les élites, intellectuelles au moins, avons perdu la capacité d'indignation dont Marc Bloch faisait encore preuve. Plus que jamais, il faut éviter l'illusion scolastique conduisant à méconnaître la portée proprement révolutionnaire d'une politique libérale devenue familière.

Pendant la guerre des farines, les émeutes adoptent les formes bien connues de la taxation populaire. La foule se rend dans les lieux où elle pense trouver des subsistances, s'empare des marchandises, établit un juste

**210** « La taxation populaire de mai 1775 à Paris et dans la région parisienne », *Annales historiques de la révolution française*, avril-juin 1956, p. 139 ; *La foule dans la Révolution Française*, Paris, Maspéro, 1982. Voir également l'analyse très novatrice et très détaillée d'E. FAURE, *op. cit.* (n. 3), p. 293 et s.

**211** *Les caractères originaux de l'histoire rurale française* [1<sup>re</sup> éd. 1931], Paris, Armand Colin, 1968, p. 257.

**212** *Ibid.*, p. 256.

**213** CONDORCET, dans les *Réflexions sur le commerce des bleds* (*op. cit.*, p. 140), distingue trois espèces d'opinion, l'opinion des gens éclairés, l'opinion publique, et enfin « *l'opinion populaire qui reste, celle de la partie du peuple la plus stupide, et la plus misérable, et qui n'a d'influence que dans les pays où le peuple n'étant compté pour rien, la populace oblige quelquefois un gouvernement faible de la compter pour quelque chose* ». Il semble qu'à cette époque les élites et le peuple vivaient dans des univers séparés par un gouffre. L'opinion est largement partagée chez les philosophes des Lumières. Pour VOLTAIRE, par exemple, le peuple est une canaille, il sera toujours destiné à subir ; voir, par exemple, St. CORBIN, « Rousseau anthropologue de la domination », *L'Homme et la Société*, n° 139, janvier-mars 2001, p. 123 et s.

Pour se convaincre de cette rupture du monde social, voir l'ouvrage de Jacques-Louis MÉNÉTRA, compagnon vitrier au XVIII<sup>e</sup> siècle, *Journal de ma vie*, et les longues explications indispensables à la compréhension du texte : D. ROCHE, p. 285 et s., Albin Michel, 2<sup>e</sup> éd., 1998. Robert DARNTON, l'auteur de la préface, résume très bien l'impression que l'on tire de la lecture de cet ouvrage grâce auquel « *nous avons accès à une nouvelle vie, une vie authentique et pourtant tellement étrange qu'elle met en question notre compréhension de ce que signifiait être un homme, il y a deux siècles* » (p. XII).

prix qu'elle paie au propriétaire. Comme l'écrit Edgar Faure, la manifestation «  *vise à obtenir un résultat que ses participants considèrent comme correct et licite : elle tend vers un ordre et non vers un désordre. Cet ordre, tel que le conçoit la volonté sincère du peuple, c'est la distribution de la marchandise à un prix raisonnable* »<sup>214</sup>. Le peuple se révoltait-il contre le système libéral que le gouvernement tentait de mettre en place ou contre les conséquences de cette politique ? L'erreur scolastique consisterait à croire que le peuple se révolte contre des idées, en opposant un autre système, tout aussi construit et cohérent, à celui que le pouvoir tente de lui imposer. À l'époque, au moins, l'hypothèse ne paraît pas vérifiée.

La foule découvre plutôt les conséquences pratiques de la nouvelle politique – le droit absolu du propriétaire sur les subsistances et l'interdiction faite aux autorités locales d'administrer la distribution – et se révolte contre elles. Lorsque le peuple observe que des marchands s'emparent de grandes quantités de marchandises au début du marché puis que, quelques heures plus tard, ils revendent la marchandise avec profit, il se trouve directement confronté à la définition de la propriété comme droit absolu du titulaire. Cette nouvelle conception heurte de front les anciennes représentations d'un contrôle collectif sur la répartition de la production. De même, l'étude minutieuse du déroulement des émeutes démontre que «  *les émeutiers insistaient toujours pour que les autorités locales adoptent une conduite paternaliste de pré-libéralisation pour combattre la disette, la hausse des prix, et tout autre pratique qu'ils concevaient comme étant injuste* »<sup>215</sup>.

À cette occasion, la foule touche pour ainsi dire du doigt la rupture du contrat fondamental qui la lie à la monarchie. L'administration se refuse à emprunter ce que le peuple considère, à tort ou à raison, comme étant la voie la plus sûre vers le rétablissement de l'ordre social. Le pacte de domination, l'obéissance contre la sûreté, se trouve rompu. Plus grave encore pour le pouvoir à long terme, le peuple en fait le constat et il réalise qu'il peut directement prendre en main l'organisation de la distribution. Il fait l'expérience d'une forme de démocratie directe qui n'aboutit pas au désordre, au contraire, «  *elle tend vers un ordre* ».

Enfin, l'analyse détaillée de chacune des émeutes découvre des modalités différentes selon la position occupée par la région dans la structure de la production, selon qu'il s'agit d'une région importatrice, autosuffisante ou exportatrice. Dans les régions exportatrices, la concentration des propriétés produit une forte polarisation sociale dans la population rurale elle-même. Les fermiers les plus importants jouissaient également de privilèges et de la prérogative de percevoir les droits seigneuriaux. Dans ces régions, la foule

**214** E. FAURE, *op. cit.* (n. 3), p. 311 et 312, souligné par l'auteur.

**215** Cynthia A. BOUTON, C. A. BOUTON, *art. cit.* (n. 62), p. 96, note 7.

épargne le marchand et prend pour cible le fermier ou le laboureur. Les émeutiers se déchaînent non seulement contre des accapareurs, mais encore contre les symboles du pouvoir économique, social et politique de leur communauté<sup>216</sup>. À cette occasion, le soutien social des émeutes se modifie. La participation de la bourgeoisie et des propriétaires décline. Un artisan, par exemple, hésitera à affronter un fermier, client important pour sa propre activité commerciale.

### *D. De Necker à la Révolution*

En avril 1775, le péril change de nature. Jacques Necker, adversaire ancien des « économistes »<sup>217</sup>, fait acte de candidature à la succession de Turgot en publiant *Sur la législation et le commerce des grains*<sup>218</sup>. L'ouvrage mérite quelque considération car il a rencontré un grand succès d'édition. Mais les conservateurs lui reprochent d'avoir contribué à la chute du seul homme, Turgot, qui, à leurs yeux, aurait pu éviter la Révolution. Les économistes, surtout les libéraux du XIX<sup>e</sup> siècle, affirment que son apport à leur science serait nul ou presque.

L'ouvrage donne d'abord une leçon de politique économique aux partisans de la science de l'économie. Il prône avant tout le pragmatisme, « *il ne faut jamais faire d'expérience d'anatomie sur les corps vivants* »<sup>219</sup>. Surtout s'il s'agit d'un corps convalescent, gravement traumatisé par les conséquences désastreuses d'une expérience récente du même genre. Turgot, génial théoricien de l'économie, sans doute, mais faible tacticien politique, commet ce que Pierre Bourdieu appelle l'erreur scolastique, « *l'ignorance des effets de l'universalisation inconsciente de la vision du monde associé à la condition scolastique* »<sup>220</sup>. Cette illusion conduit à confondre les choses de la logique et la logique des choses. Même si Turgot se défend d'être un faiseur de système<sup>221</sup>, il tombe dans un piège, impardonnable en politique, celui de manquer de réalisme. D'autant que, comme intendant du Limousin, il avait mis en œuvre une « *politique sociale* » résolument novatrice, en rupture avec le système

**216** *Ibid.*, p. 104 et s.

**217** Sur cette hostilité, voir par exemple É. FRANCALANZA, « Un inédit de Condorcet en réponse à l'éloge de Colbert par Necker (1773) », *Dix-huitième siècle*, n° 42, 2010/1, p. 699 et s. Il faut dire que s'aventurer à un éloge de Colbert relève, pour la secte des « économistes », de la provocation.

**218** *Op. cit.* (n. 187).

**219** *Ibid.*, p. 150.

**220** *Méditations pascaliennes*, Seuil, 1997, p. 63.

**221** Voir particulièrement J.-Cl. PERROT, *Une histoire intellectuelle de l'économie politique*, Éd. de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992 p. 237 et s.



ancien de la charité, et qui sacrifiait le « *droit sacré de propriété* » au profit du droit, encore plus sacré, à la subsistance.

Necker cherche une voie moyenne entre l'esprit de système et le principe de réalité. S'agissant des principes, il ne remet pas en cause l'unité du marché national. Confier à chaque province les règlements sur le commerce des grains lui paraît la précaution la moins convenable : « *plus on divise les lois de l'administration relative aux grains, plus on met en péril l'harmonie générale. On fait alors de chaque province un royaume particulier, et l'on se prive de l'utilité de l'union* »<sup>222</sup>. Par ailleurs, la prise en main directe par l'État de la distribution des subsistances lui semble contraire au bien de l'État et « *très dangereuse* ». Cela ne veut pas dire qu'il préconise une liberté commerciale inconditionnelle. L'État ne peut pas s'interdire, de façon catégorique et absolue, d'intervenir dans la distribution des subsistances. Les circonstances commandent : « *d'un siècle à l'autre, on confie la subsistance et la tranquillité publique à la puissance de la liberté, à la force de l'intérêt personnel, et à tant d'autres principes abstraits bien respectables ; mais à un mois de distance, mais à huit jours, tout change, et l'on court au remède par le moyen pratique le plus sûr est le plus prochain* », car « *en économie politique et en administration, il n'est rien d'absolu* »<sup>223</sup>. Necker a bien entendu la leçon de Montesquieu : les lois s'adaptent aux circonstances et aux sociétés qu'elles régissent.

Ensuite, Necker se montre attentif aux caractéristiques du « *corps social* » auquel on administre la thérapeutique politique. Il constate : « *vivre aujourd'hui, travailler pour vivre demain, voilà l'unique intérêt de la classe la plus nombreuse des citoyens. Nés sans propriétés, ils ne peuvent être nourris qu'en méritant par leurs services une modique part au superflu du riche, et voir renaître pour eux chaque jour la même crainte ou la même espérance* »<sup>224</sup>. On ne peut raisonnablement imposer à ceux qui vivent dans l'instant d'attendre que les effets bénéfiques d'une politique se produisent.

Mais surtout – dans une déjà longue tradition de « *libéralisme égalitaire* », pour reprendre l'expression de Simone Meyssonnier, qui remonte à Boisguilbert – Necker s'avère un pré-marxiste honorable. S'agissant d'un banquier, c'est d'autant plus cocasse. Par exemple, il décrit de façon très lucide, dans les rapports de travail, « *l'empire du propriétaire sur l'homme sans propriété* ». Les travailleurs se trouvent, entre eux, dans une « *grande concurrence* » et, de plus, il existe une « *prodigieuse inégalité entre les hommes qui vendent leur travail pour vivre aujourd'hui, et ceux qui l'achètent pour augmenter simplement leur luxe ou leurs commodités* ». En conséquence, les propriétaires « *ont toute la force nécessaire pour réduire au plus bas prix possible la récompense de la*

<sup>222</sup> NECKER, *op. cit.* (n. 187), p. 108.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 7.



*plupart des travaux qu'on leur consacre, et cette puissance est trop conforme à leur intérêt, pour qu'ils renoncent jamais à en profiter* ». Conséquence inexorable : « *le peuple est condamné par l'effet des lois de propriété à n'obtenir jamais que le nécessaire en échange de son travail* »<sup>225</sup>.

Par ailleurs, Jacques Necker se montre un observateur perspicace du système économique qui vient, non pas celui du marché concurrentiel, mais celui de la concentration capitaliste. Contre la thèse défendue unanimement par les économistes, il affirme que l'intervention des marchands va diminuer le nombre de vendeurs et, du même coup, diminuer la concurrence. L'obligation faite au propriétaire de porter son grain personnellement au marché limite son chiffre d'affaires à ses revenus. En revanche, les marchands opèrent non avec leurs revenus mais avec leur capital augmenté du crédit qu'ils peuvent obtenir. Ils prennent donc la place d'un nombre considérable de propriétaires : « *l'intervention des marchands diminue nécessairement la concurrence favorable aux consommateurs, puisqu'elle diminue le nombre des vendeurs avec lesquels les consommateurs ont à traiter* »<sup>226</sup>. De plus, recourir au commerce multiplie le nombre des intermédiaires et ce nombre augmente le prix des profits légitimes obtenus par ces agents successifs. Mais il faudrait distinguer le commerce de proximité et de commerce à distance. S'agissant du commerce international, qui lui augmente la concurrence, l'intervention des marchands est indispensable. Necker conclut que « *les vérités économiques ont besoin d'être étudiées avec précision. On veut en faire la science des généralités ; et, s'il m'est permis de le dire, c'est plutôt l'art de l'équilibre. Dans le plus grand nombre des propositions, l'avantage et l'inconvénient, l'utilité et l'abus, s'entremêlent ou se touchent, il faut chercher sans cesse le fil qui les sépare* »<sup>227</sup>.

Dans cette perspective, Necker soutient que la fixation du prix dépend d'un rapport de pouvoir fondé sur le besoin de vendre et le besoin d'acheter. S'agissant du blé, « *l'inégalité naturelle de puissance* » se trouve fort augmentée lorsque les marchands prennent la place des fermiers comme vendeurs. Les marchands, détenteurs d'une somme immense de métaux monnayés, peuvent remplir leurs désirs sans avoir à vendre les subsistances qu'ils détiennent. S'ils interviennent dans le commerce des subsistances, « *il s'élève tout à coup, vis-à-vis des consommateurs, une sorte de contractants qui ont une force nouvelle jusqu'alors inconnue* ». Les marchandises changent de nature. De revenus pour les fermiers, elles se transforment en capital que les négociants « *peuvent garder comme leur argent, ou comme toute marchandise quelconque, aussi longtemps que leur intérêt ou une spéculation bien ou mal combinée les y engage* »<sup>228</sup>.

**225** *Ibid.*, p. 66 et 67.

**226** *Ibid.*, p. 81.

**227** *Ibid.*, p. 82.

**228** *Ibid.*, p. 83.

La conclusion de l'ouvrage mérite une longue citation. Jacques Necker observe, à considérer la société, « *que presque toutes les institutions civiles ont été faites pour les propriétaires. On est effrayé, en ouvrant le Code des lois, de n'y découvrir partout que le témoignage de cette vérité. On dirait qu'un petit nombre d'hommes, après s'être partagé la terre, ont fait des lois d'union et de garantie contre la multitude, comme ils auraient mis des abris dans les bois pour se défendre des bêtes sauvages* ». Les lois de propriété, de justice et de liberté ne veulent strictement rien dire pour la classe la plus nombreuse des citoyens. Dès lors, « *les institutions politiques et les lois d'administration sont presque les seules qui défendent le peuple* ». Necker semble s'adresser directement à Turgot quand il écrit : « *vous qui gouvernez, l'oubliez jamais que la plus nombreuse partie des hommes ne fut point appelée à la composition des lois ; que, condamnée à un travail continuel, elle ne participe point aux lumières qui se répandent ; en sorte que sa faiblesse et son délaissement réclame sans cesse votre tutelle. Ceux qui ont une part aux biens de la terre ne vous demanderont que liberté et justice ; ceux qui n'ont rien ont besoin de votre humanité, de votre compassion, de loi politique, enfin, qui tempère envers eux la force de la propriété* ». Il souhaite qu'un jour « *une lumière générale et des vérités permanentes, qui, en assurant le repos et la prospérité de l'État, deviennent, en même temps, la sauvegarde des faibles contre les puissants* »<sup>229</sup>.

L'implicite du texte de Necker fait ressortir un accord sur l'essentiel avec ses adversaires, les économistes. D'abord l'idée d'une unification nationale du marché. Dans les élites et chez les hauts fonctionnaires ou le personnel de gouvernement, les pouvoirs locaux et leurs réseaux ou leurs alliés, religieux ou aristocratiques, ont perdu la partie. Le marché national suppose à pouvoir politique centralisé et hiérarchique. Ensuite, si l'analyse de Necker ne se réduit pas, loin s'en faut, à l'économie, elle occupe une place centrale dans son programme. Même pour les opposants aux économistes de pouvoir, l'économie politique est devenue une science de gouvernement. Tous partagent son objectif principal « *le repos de l'État* ». Il s'agit de décharger de l'État d'un certain nombre de tâches en promouvant la liberté comme procédé de gouvernement.

Mais les divergences entre ces différents courants du libéralisme restent significatives. Divergences dans la mise en œuvre d'abord. Necker comprend très bien que le gouvernement par la liberté et la propriété, la main droite de l'État pour parler comme Pierre Bourdieu, suppose, comme condition préalable et indispensable, que la subsistance du peuple soit d'abord assurée, ce serait la main gauche de l'État. « *L'humanité et la compassion* » n'ont rien à voir dans cette affaire s'il s'agit d'assurer « *le repos de l'État* », de tenir l'opinion publique dont Necker a bien compris l'importance, surtout dans un régime

<sup>229</sup> *Ibid.*, toutes les citations sont tirées de la p. 152.

privé de représentation politique<sup>230</sup>. Par ailleurs, Necker met en œuvre une rationalisation matérielle de l'économie politique. Il se montre attentif aux faits, aux circonstances, en analysant de façon très novatrice ce que devient la concurrence sur le marché en cas de libéralisation brutale, comment elle tourne rapidement à la spéculation et à la concentration. Si l'économie libérale veut la liberté comme gouvernement, et non pas le gouvernement pour la liberté, cette liberté de marché ne signifie pas le relâchement de la contrainte sur les conduites, mais le transfert du pouvoir à d'autres mécanismes, notamment à la propriété.

Les économistes libéraux et les libéraux égalitaires, appuyés à l'occasion par les encyclopédistes, s'affrontent justement sur la question de la propriété. Denis Diderot<sup>231</sup> a soutenu l'abbé Galiani, contre les physiocrates, au moment de la publication des *Dialogues sur le commerce des blés*. Il n'adhère pas à la conception de la propriété comme droit naturel, mais soutient qu'il s'agit d'un droit politique. Diderot se montre, comme Rousseau, réservé sur la capacité de la propriété à servir de rempart à l'arbitraire du pouvoir. Il ne s'agit pas du droit suprême. Il doit céder devant le « *sentiment d'humanité* ». Diderot « *attaque la violence d'un discours économique qui ne connaît que la richesse, et peut dire « mourez de faim » à ceux qui « ne sont pas assez aisés » pour payer aussi cher que l'étranger* »<sup>232</sup>. Comme droit politique, donc social, il doit céder devant les exigences politiques.

En réponse à Necker et à tous les « *prohibitifs* », Condorcet oppose un raisonnement en termes de droit naturel. Il reprend la vieille antienne : « *les hommes ne se sont réunis en société que pour conserver leur propriété et leur liberté* »<sup>233</sup>. Le législateur n'a pas besoin de motifs particuliers pour laisser à chacun l'exercice de ses droits naturels, « *les maux que cause la liberté sont l'ouvrage de la nature* »<sup>234</sup>. Le droit de disposer de la terre et de ses fruits « *doit être aussi entière, aussi libre, aussi invariable que celle des denrées, des habits, et même que celle de l'argent* »<sup>235</sup>, sauf l'hypothèse de l'abus de droit. Il y a des circonstances où les propriétaires « *peuvent être durs, inhumains, barbares même, mais tant qu'ils ne feront que disposer de ce qui est à eux, ce serait confondre toutes les notions que de regarder cette barbarie comme un crime* »<sup>236</sup>. Ainsi, « *un administrateur doit respecter la propriété jusqu'à la superstition : s'il*

**230** K. M. BAKER, *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Payot, 1993 (1<sup>re</sup> éd. en anglais 1990), p. 253 et s.

**231** *Apologie de l'abbé Galiani*, Paris, Agone, 1998.

**232** C. LARRÈRE, *op. cit.* (n. 167), p. 267.

**233** *Réflexions sur le commerce des blés*, *op. cit.*, p. 80.

**234** *Ibid.*, p. 81.

**235** *Ibid.*, p. 84.

**236** *Ibid.*, p. 87.

*se permet de la violer, son administration n'est qu'un brigandage ; et le prétexte du bien public, dont il chercherait à se couvrir, une pure hypocrisie »*<sup>237</sup>.

Il serait trop facile de taxer Condorcet de fanatique libéral, plaçant la cause des riches<sup>238</sup>. Il faut comprendre que, comme Turgot dont il prend la défense, il pense que l'essentiel consiste à approvisionner le marché en céréales. D'autres mécanismes que des règlements prohibitifs, comme les secours aux indigents et aux chômeurs, doivent être mis en œuvre pour permettre à la subsistance du peuple qui reste l'objectif prioritaire. Par ailleurs, la défense de la propriété naturelle permet une attaque en règle contre les différents droits féodaux qui entravent la libre circulation. Ces droits, écrit-il, « ne peuvent être regardés comme une véritable propriété ; ils ne sont qu'un impôt concédé par la nation à des particuliers »<sup>239</sup>. Le droit de décider des formes de l'impôt appartient à la nation de façon inaliénable, elle peut donc y mettre fin. Alors que le droit de propriété « territoriale ou mobilière » serait antérieur à la société, en revanche « l'établissement d'un droit, d'une charge, d'une corporation est postérieure à la société, l'effet d'une loi, et par conséquent peut-être détruit par une autre ». Avec les banalités, il s'agit de « restes honteux de l'ancien esclavage du peuple qui lui font moins de mal par l'impôt qu'ils lui coûtent, que par les sentiments d'humiliation et de dégoût de son état, inséparables de cette espèce de servitude »<sup>240</sup>.

À l'occasion du débat qui se prolonge tout au long du siècle, se constitue l'espace conceptuel « dans lequel la Révolution française fut inventée, l'édifice de significations par rapport auquel les actions fort disparates de 1789 revêtirent une cohérence symbolique et acquirent une force politique »<sup>241</sup>. La Révolution porte même la question à l'incandescence en raison de la situation créée par les révolutionnaires eux-mêmes et la Déclaration des droits de l'homme qui, d'une part, reconnaît le droit à l'insurrection quand l'existence est menacée et, d'autre part, consacre le droit de propriété privée.

En 1788 et 1789, des centaines de troubles de subsistance éclatent. Fréquemment les autorités locales et les émeutiers collaborent. Une répression parfois sévère s'abat sur les émeutiers. Mais les peines restent exceptionnelles et les condamnations peu fréquentes. Toutefois, à Orléans, en avril et en septembre 1789, les forces de l'ordre tirent sur la foule. Cette intervention du pouvoir central démontre l'incapacité des communautés locales à régler

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>238</sup> Sur Condorcet et la propriété, voir Y.BOSC, « Liberté et propriété. Sur l'économie politique et le républicanisme de Condorcet », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 4, 2011, p. 53.

<sup>239</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 211. Là où ils existent le four banal ou le moulin banal obligent le peuple à conduire le pain à cuire ou le grain à moudre au four ou au moulin appartenant au seigneur, moyennant redevance.

<sup>241</sup> K. M. BAKER, *op. cit.* (n. 230), p. 13.

les tensions dans la population au sein de laquelle « *s'effaçait la reconnaissance générale du droit à la subsistance* »<sup>242</sup>. Le 29 août 1789, l'Assemblée nationale proclame la liberté du commerce. À la poursuite des émeutes de subsistance, le gouvernement répond par la loi martiale du 21 octobre. La loi des 19-22 juillet 1791, relative à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, prévoit, à l'article 30 et à titre provisoire seulement, la taxe sur le pain et la viande de boucherie décidée par les autorités municipales, la taxe au sens de prix fixé par l'administration et non la taxation au sens de l'économie morale de la foule, le prix fixé par les émeutiers.

Avec la guerre, la pénurie s'étend. De l'automne 1791 au printemps 1793 l'émeute de subsistance devient permanente. La Législative, puis la Convention girondine défendent obstinément la liberté du commerce. En revanche, les autorités locales n'hésitent pas, à l'occasion, à prêter leur concours aux émeutiers. Les Jacobins cherchent un équilibre entre le droit à la subsistance et la propriété. La Convention promulgue le 4 mai 1793 la loi du Maximum sur le prix des grains puis, le 29 septembre de la même année, la loi du Maximum général portant sur les subsistances et des salaires<sup>243</sup>. Les émeutes se raréfient. La loi martiale est suspendue le 23 juin 1793. Entre 1794 et le printemps de 1795, les émeutes se multiplient à nouveau. Elles prennent la forme du pillage et la colère du peuple se retourne contre ses représentants incapables à ses yeux de faire passer la rhétorique de la fraternité dans les faits.

En mars et juin 1795, la répression des émeutes de subsistance est à nouveau décrétée et la Convention thermidorienne organise un appareil répressif important. La Convention discute à la même époque le projet de déclaration et de constitution, projets qui aboutiront à la Constitution de l'an III. À cette occasion, il sera établi que la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ne possède aucun caractère normatif. Plus même, qu'il s'agit d'un « *arsenal pour les séditieux* »<sup>244</sup>. Elle aurait été nécessaire pour combattre l'ordre ancien et conquérir la liberté. Mais au moment « *d'établir la liberté* » par la Constitution de l'an III, la Déclaration de 1789 ne serait que destructrice, facteur d'anarchie. La Déclaration placée en préambule de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) établit l'ordre des

**242** C. A. BOUTON, art. cit. (n. 59), p. 7.

**243** Pour une analyse détaillée des événements, voir, par exemple, D. MARGAIRAZ et Ph. MINARD, art. cit. (n. 63), p. 68 et s., qui n'interprètent pas le maximum général comme une rupture dirigiste avec les conceptions économiques dominantes, mais qu'il est « *voué tout entier à restaurer les conditions de possibilité d'une circulation généralisée* » (*ibid.*, p. 75). De même le discours de Robespierre du 2 décembre 1792 ne remet pas en cause le principe même de la libre circulation, mais la disparité des fortunes qui rend possible l'accaparement. Dans le langage d'aujourd'hui, c'est moins le marché que la concentration, le capitalisme, qui est visé par l'orateur.

**244** Y. BOSCH, « Un arsenal pour les séditieux : la Déclaration des droits comme pratiques politiques », *Révolution Française. net, Études*, mis en ligne le 26 décembre 2005.

propriétaires (l'ordre bourgeois ?). Elle renvoie l'idée de droit naturel aux traités de philosophie en parlant des « *droits de l'homme en société* » et ne manque pas d'évoquer des devoirs à côté des droits. Mais surtout elle répudie le droit à l'insurrection en consacrant pas moins de quatre articles à la nécessité de vivre « *soumis aux lois* », et condamnant même qui « *les élude par ruse ou par adresse* » (article 7 de la Déclaration des devoirs). Enfin elle réalise le vœu de la physiocratie en affirmant « *c'est sur le maintien des propriétés que reposent la culture des terres, toutes les productions, tout moyen de travail, et tout l'ordre social* » (article 8 de la Déclaration des devoirs)<sup>245</sup>.

Progressivement les systèmes de distribution se reconstituent et, à partir de 1797, la liberté se rétablit avec la loi du 22 prairial an V. Au cours de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, l'État adopte une politique ambiguë : un libéralisme de façade mais dirigé et contrôlé, surtout en cas de disette, particulièrement en 1812 et en 1816. Le développement des voies de communication dans la seconde moitié du siècle, notamment le chemin de fer, permettent d'établir « le repos » de l'État<sup>246</sup>, mais un repos relatif car la loi municipale du 5 avril 1884 conserve le droit des maires de taxer le prix du pain et de la viande instauré en 1791<sup>247</sup>.

**245** BOISSY D'ANGLAS, *Discours préliminaire au projet de constitution pour la République française, au nom de la commission des Onze*, prononcée le 5 messidor an III, réimpression de l'ancien *Moniteur*, t. 25, p. 64 (j'utilise la version numérisée du texte, disponible sur Internet). Boissy d'Anglas affirme que la Convention, au moment de décider d'une nouvelle constitution, « *doit se garantir avec courage des principes illusoire d'une démocratie absolue et d'une égalité sans limites, qui sont incontestablement les écueils les plus redoutables pour la véritable liberté* ». Il poursuit : « *nous devons être gouvernés par les meilleurs : les meilleurs sont les plus instruits et les plus intéressés au maintien des lois ; or, a bien peu d'exceptions près, vous ne trouvez de pareils hommes que parmi ceux qui, possédant une propriété, sont attachés au pays qui la contient, aux lois qui la protègent, à la tranquillité qui la conserve, et qui doivent à cette propriété et à l'aisance qu'elle donne l'éducation qui les a rendus propres à discuter avec sagacité et justesse les avantages et les inconvénients des lois qui fixent le sort de leur patrie* ». La conclusion s'impose : « *un pays gouverné par les propriétaires est dans l'ordre social ; celui où les noms propriétaires gouvernent est dans l'état de nature* » (p. 12 et 13 de la version numérisée). Sur la filiation entre la physiocratie et cette conception politique, voir, par exemple, Manuela ALBERTONE, « Fondements économiques de la réflexion du XVIII<sup>e</sup> siècle. Autour de l'homme porteur de droit », *Clio@Themis*, n° 3, 2010, revue disponible sur Internet.

**246** Voir, par exemple, N. BOURGINAT, *Les Grains du désordre. L'État face aux violences fragmentaires dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle*, Éditions de l'EHESS, 2002.

**247** Sur l'application de la taxe et sa signification, cf. D. MARGAIRAZ et Ph. MINARD, art. cit. (n. 63), p. 79 et s. Si jusqu'à aujourd'hui l'agriculture fait l'objet d'une politique publique d'envergure, interne et européenne, il faut attendre la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche pour que l'alimentation fasse l'objet d'une politique publique. Sur la loi, voir par exemple, J. FOYER, « Propos introductifs », *Droit rural*, n° 386, octobre 2010, étude n° 13. La réglementation du commerce des céréales relève du Code rural, de l'ordonnance du 23 mai 2006 et du décret du 14 mai 2007 relatif au régime de la collecte des céréales. Sur la portée de ce droit, voir par exemple, l'intéressant article de L. PIET, « La confrontation des sources juridiques et professionnelles dans une enquête sur la portée sociale du droit alimentaire », *Droit et société*, n° 69-70, 2008/2, p. 347 et s.

## ÉPILOGUE

Au mois de janvier, dans les montagnes basques, on fête le cidre (« *sagardo* », plus précisément le cidre nouveau, « *sagardo berri* », en basque). La tradition remonte à loin, au Moyen Âge. Les pommiers couvraient les flancs des collines avoisinant le village d'Astigarraga. Les habitants produisaient une boisson réputée destinée à l'approvisionnement de la maison et de ses voisins. Quand il restait du précieux nectar au fond des cuves, le reliquat pouvait alors être vendu à des étrangers au village, après tirage au sort. Aujourd'hui, une multitude d'auberges poursuit la tradition et attire des cohortes de touristes, étrangers le plus souvent. Un repas accompagne la dégustation dont la composition est particulièrement instructive sur l'état du commerce des subsistances. La côte de bœuf servie au client provient du Danemark ou d'Allemagne ; la morue de l'omelette a été pêchée en Islande ; la République tchèque ou la Galice fournissent les pommes ; les cerises de la confiture qui accompagne le fromage de brebis ont été cueillies en Turquie ; la Colombie ou la Côte-d'Ivoire produisent le café<sup>248</sup>.

Mondialisation des subsistances ? Certainement. Circulation internationale des produits agricoles ? Sans aucun doute. Économie de marché ? Non. Bien sûr que non. Une très forte portion du revenu agricole en Europe ou aux États-Unis provient des subventions. La politique de Turgot a fini par l'emporter. Mais celle de Turgot l'intendant qui voulait à la fois soutenir les prix agricoles et rendre les subsistances abordables pour le consommateur. Contre le modèle idéal typique du marché imaginé par les économistes au XVIII<sup>e</sup> siècle, une forme hybride d'économie domine aujourd'hui.

Le fait majeur, c'est le transfert de pouvoir opéré depuis cette époque. La faculté de décider pour autrui passe des communautés et des autorités locales à des acteurs impersonnels, publics ou privés, qui parient sur la nourriture à une table de jeu devenue mondiale. Cette privatisation suppose-t-elle le retrait du droit ? Non là encore, certainement pas. Parler de la libération par le marché comme d'un relâchement de la contrainte juridique relève de la supercherie. Un droit tentaculaire, public si on veut, encadre les opérations. Il suffit de songer au droit de l'Union européenne qui tente, depuis des décennies, de construire et d'accompagner un marché européen. Mais, surtout, le marché passe par la promotion du droit privé, du droit des contrats et de la propriété privée individuelle<sup>249</sup>.

**248** Voir le journal *Sud-Ouest, Pays basque*, du 16 janvier 2013.

**249** La question n'est pas nécessairement perçue de cette façon par les non-juristes. Voir par exemple, C LARRÈRE, *op. cit.*, p. 167, qui écrit qu'avec la théorie de l'intérêt « *la liberté n'est plus sous condition de la loi* », et l'auteur constate que le commerce « *achève la laïcisation de la sociabilité, affranchie du modèle théologique de la loi* ». Sous cette forme au moins, l'affirmation ne semble pas



Dans cette perspective, Max Weber écrit : « *On peut concevoir tout le cosmos du droit privé moderne comme une décentralisation de la domination entre les mains de celui à qui la loi 'donne le droit'* »<sup>250</sup>. Or, et pour poursuivre dans la voie ouverte par Weber s'agissant des rapports entre le droit et l'économie, il faut bien observer une affinité élective entre le droit qui se construit à l'époque et l'élaboration progressive d'un savoir économique systématisé. Contrairement à une représentation simplificatrice de sa pensée, Weber soutient que les facteurs économiques influencent la formation du droit<sup>251</sup> et, s'agissant de l'influence du système juridique sur l'économie, il affirme que « *la garantie 'étatique' des droits n'est indispensable à aucun phénomène économique fondamental* », « *l'État n'est donc jamais nécessaire à l'économie* », mais précise « *il n'est pas douteux qu'un ordre économique, spécialement s'il est de type moderne, ne saurait être réalisé sans un ordre juridique répondant à des exigences tout à fait précises, tel que seul peut l'être un ordre 'étatique'* »<sup>252</sup>.

La présente enquête ne mène pas à prendre parti dans le débat de savoir si l'économie détermine le droit ou si les idées et les croyances comptent aussi dans l'évolution des pratiques économiques. Il s'agit d'observer deux choses. Premier constat, bien des personnages annexés par les économistes comme des leurs, et parmi les plus géniaux, sont d'abord des juristes : Boisguilbert, Montesquieu ou Turgot, évidemment. Mais Claude-Jacques Herbert aussi qui écrit une magnifique synthèse de la question comme le ferait aujourd'hui un professeur de droit un peu versé dans les « *sciences auxiliaires* » de sa discipline, en envisageant méthodiquement tous les aspects de la question, depuis l'histoire du droit jusqu'aux aspects de sociologie et de science politique. Ce qui conduit au second constat : la parenté entre les méthodes de la doctrine juridique de l'époque et les modes de constitution de la science de l'économie. Les juristes s'avèrent de redoutables « *faiseurs de systèmes* », professionnels de l'agencement des codes de conduite dans le registre du devoir-être, en droit, bien sûr, mais pas seulement.

Si le marché, à l'époque au moins, relève de l'utopie, des constructions imaginaires, observons que les architectes du droit poursuivent, depuis plus longtemps encore, la construction d'univers de représentations d'une incroyable sophistication : le monde de l'individu, celui de l'État ou celui du droit.

---

correspondre à la situation actuelle : l'inflation du discours de marché s'accompagne de l'inflation du droit.

**250** « Puissance et domination. Forme de transition », *Revue française de sociologie*, 46-4, 2005, p. 938.

**251** « *Les intérêts économiques comptent parmi les plus puissants facteurs d'influence sur la formation du droit, car tout pouvoir qui garantit un ordre juridique tire, d'une manière ou d'une autre, ses moyens de l'activité concordante des groupes sociaux soumis à son autorité, et la formation des groupes sociaux est influencée dans une large mesure par des constellations d'intérêts matériels* » (*Economie et société*, Plon, 1971, 1995 pour l'édition dans la collection « Agora », t. 2, p. 45).

**252** *Ibid.*, p. 48.



En faisant de la poursuite de son intérêt par l'individu le mobile de l'action humaine, les premiers économistes ouvrent la voie à la conception de l'économie comme modèle<sup>253</sup>. L'homme économique rationnel agit sur un marché en fonction de ses préférences, il obéit comme un automate à des règles, celle de la fixation du prix au coût marginal, par exemple. L'hypothèse n'est pas choisie en fonction de son réalisme, de sa pertinence à décrire le réel. A l'époque, les élites tancent le « *peuple* » pour son indifférence au mobile du gain<sup>254</sup>. Il veut vivre paisiblement et sans souci, en travaillant le moins possible (ce qui semble passablement raisonnable, d'ailleurs). Les économistes le savent bien, ils n'arrêtent pas de l'écrire. Il y a loin encore entre le paysan indolent et l'hyperactif rationnel, un bon siècle de dressage par la misère et d'éducation à la rationalité<sup>255</sup>. L'hypothèse des économistes n'est donc pas anthropologique mais méthodologique. Le comportement supposé des individus permet de construire des modèles. Il sert de base axiomatique et autorise des raisonnements formalisés qui aboutissent à des prévisions<sup>256</sup>.

La dénonciation de la théorie économique comme fondée sur le postulat erroné de l'individu rationnel manque sa cible. Cette critique permet surtout d'occulter ce qui se passe dans toutes les disciplines relevant du modèle. Croit-on vraiment que L'« *homo contractus* » soit tellement plus réaliste que l'homme économique ? Imaginer un contractant parfaitement informé, ne serait-ce que du droit applicable, pleinement capable et agissant avec une conscience complète des conséquences de ses actes, relève aussi du constructivisme. Mais cette fiction agissante apparaît comme une condition indispensable au fonctionnement du système juridique. La totalité des contrats serait sans doute annulée si le moindre écart entre les représentations et la

**253** L.-A. GÉRARD-VARET et J.-Cl. PASSERON (dir.), *op. cit.* (n. 32).

**254** A. CLÉMENT, « Lutter contre l'oisiveté des pauvres et aiguïser leur convoitise : les préconisations développementalistes des économistes mercantilistes et classiques », *Revue Tiers Monde*, n° 185, 2006/1, p. 183 et s. ; J.-Y. GRENIER, « Travailler plus pour consommer plus. Désir de consommer et essor du capitalisme, du XVII<sup>e</sup> siècle à nos jours », *Annales, HSS*, 65<sup>e</sup> année, 2010/3, p. 787 et s.

**255** Fr. NIETZSCHE, *La Généalogie de la morale*, Le Livre de Poche, 2000, traduction, présentation et notes par Patrick WOLTING, écrit des pages admirables : « élever un animal qui soit en droit de promettre n'est-ce pas là justement la tâche paradoxale que la nature s'est fixée eu égard à l'homme ? » (p. 118). Paradoxale, car « cet animal est nécessairement enclin à l'oubli » ; il faut donc créer « une mémoire de la volonté », « il faut que l'homme, pour disposer ainsi par anticipation de l'avenir, ait commencé par apprendre à séparer l'événement nécessaire du fortuit, à penser de manière causale, à voir le lointain et à anticiper sur lui comme s'il était présent, à fixer avec assurance ce qui est le but, ce qui est moyen pour l'atteindre, de manière générale à calculer, à savoir calculer, comme il a fallu pour cela que l'homme lui-même soit d'abord devenu calculable, régulier, nécessaire, jusque dans sa propre représentation de lui-même, pour finir de la sorte par pouvoir, comme le fait un être qui promet, se porter garant de lui-même comme avenir ! » (p. 121). NIETZSCHE conclut : « c'est justement cela qui constitue la longue histoire de la provenance de la responsabilité » (p. 122).

**256** Voir, par exemple, P. FRANÇOIS, *Sociologie des marchés*, Armand Colin, 2008, p. 120 et s., ouvrage particulièrement clair sur la question.

réalité suffisait à condamner l'opération. Le système fait « *comme si* » l'homme contractant jouissait d'une parfaite conscience et d'une parfaite liberté. Il le contraint donc à la conscience et à la liberté, du même coup, le délègue des réseaux communautaires<sup>257</sup>.

Comme l'individu, l'État moderne relève de la construction imaginaire à laquelle les juristes prennent une part prépondérante. Si l'on présuppose que la domination politique passe par un espace de sens partagé<sup>258</sup> – il faut bien mettre d'accord sur un minimum de choses pour que le pouvoir politique s'exerce – alors le droit occupe un rôle central. L'explication de la construction de l'État par la seule concurrence militaire ou la contrainte économique semble dès lors un peu unilatérale<sup>259</sup>. Il s'agit aussi d'un jeu complexe et de longue durée d'ordre politique et social qui conduit à la transmission à un tiers de prérogatives politiques jusqu'alors plus diffuses dans la société. Le régime féodal se caractérise par une lutte incessante, à l'intérieur de la classe dominante mais aussi entre celle-ci et les communautés urbaines qui prétendent à l'indépendance à l'égard du régime de la féodalité et les communautés villageoises, contestant le pouvoir du seigneur. Tous ces acteurs aspirent à la sécurité, assurée par un centre dynastique renforcé. Le centre promet le maintien de l'équilibre des forces en présence au profit de l'aristocratie, au moyen de l'exemption fiscale par exemple. Mais il négocie, par des privilèges ou des chartes concédées aux villes, le ralliement des corps. Chaque conflit élevé jusqu'à la justice du roi renforce la légitimité du centre puisque les communautés abdiquent du pouvoir de juger et de se juger. Le conflit nourrit l'État, participe à sa croissance et à son maintien.

Du même coup, avec l'extension et la diversification des réseaux de dépendance, la maîtrise par le pouvoir central devient de plus en plus difficile. Le recours au droit permet une unification par la délocalisation, au moins symbolique, du champ politique. On assiste alors à « *la mise en place d'un espace politique cristallisé autour d'un centre, mais différencié de l'ensemble des structures sociales, confisquant à son profit tout forme de légitimité politique et exerçant ses fonctions de manière universaliste, à partir de l'accumulation de*

**257** Le postulat de la liberté individuelle est indispensable à ce que M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, op. cit. (n. 10), appelle la biopolitique. Placée au cœur de la pratique gouvernementale, elle permet au pouvoir de « laisser-faire ». Sur l'actualité de l'auteur, voir D. MARTUCCELLI, « Michel Foucault et les impasses de l'ordre social », *Sociologie et sociétés*, vol. 38, n° 2, 2006, p. 17 et s. ; L. JEANPIERRE, « Une sociologie foucaldienne du néolibéralisme est-elle possible ? », *Sociologie et sociétés*, vol. 38, n° 2, 2006, p. 87 et s. ; A. MACMILLAN, « La biopolitique et le dressage des populations », *Cultures & Conflits*, n° 78, été 2010, p. 39 et s.

**258** J.-P. GROSSEIN, « De l'interprétation de quelques concepts wébériens », *Revue française de sociologie*, 46-4, 2005, p. 685 et s., spéc. p. 701 et s.

**259** Dans ce registre, voir l'ouvrage classique de N. ELIAS, particulièrement la première partie « La Sociogenèse de l'État », ou encore Ch. TILLY, *Contrainte et capital dans la formation de l'Europe, 990-1990*, Paris, Aubier Montaigne, 1992.

ressources qui lui sont propres, et qui se traduit par un processus croissant d'institutionnalisation »<sup>260</sup>. La tâche d'élaborer une théorie visant à légitimer les pratiques du gouvernement royal incombe aux légistes. Ils trouvent dans le droit romain, notamment, une construction permettant de faire du roi la source de la loi, *princeps solus conditor legis*, seul le prince crée la loi. Bodin va mettre la fonction législative au cœur de la définition de la souveraineté<sup>261</sup>. De la sorte, les juristes construisent l'État moderne, pouvoir légitimé par le droit. En même temps qu'ils deviennent les principaux conseillers des princes, ils les tiennent sous leur dépendance en posant des limites à l'arbitraire royal par la maîtrise du droit, discours à prétention universelle<sup>262</sup>. Ils diffusent aussi dans le corps social et colonisent une « société chicanière »<sup>263</sup>.

Les juristes, du moins ceux qui occupent le sommet de la hiérarchie de leur corps, devenus experts de machineries de concepts, s'éloignent des réalités quotidiennes et revendiquent le statut d'experts universels. Lorsque le débat sur la libre circulation des grains s'amorce, les juristes interviennent massivement sur la question qui n'est pas encore devenue « économique ». Spécialistes incontestés de la théorie pure, ils ne laissent passer aucune occasion d'affirmer leur compétence. Comme l'écrivent Peter Berger et Thomas Luckman, « dans la mesure où les experts universels opèrent à un niveau d'abstraction considérable par rapport aux vicissitudes de la vie quotidienne, ils peuvent en conclure, de la même manière que les autres individus, que leurs théories ne sont aucunement reliées à la vie continue de la société, mais existent dans une sorte de ciel platonique d'idéation a-historique et a-sociale »<sup>264</sup>.

Le droit naturel constitue le plus puissant facteur d'universalisation utilisé par la théorie juridique. Dans sa forme moderne, il va rompre avec le droit naturel classique issu d'Aristote<sup>265</sup>. Saint-Thomas d'Aquin, dans la

**260** B. BADIE, art. cit. (n. 46), p. 142.

**261** Dans une littérature très abondante, voir par exemple E. KANTOROWICZ, *Les Deux Corps du roi*, Gallimard, 1989, 1<sup>re</sup> éd. 1957 ; « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, n° 32, 1995, p. 5 et s. ; J. KRINEN, « L'encombrante figure du légiste », *Le Débat*, 74, 1993, p. 45 et s. ; F. COSANDEY et Robert DESCIMON, *op. cit.* (n. 24), spéc. p. 27 et s.

**262** Voir, particulièrement, P. BOURDIEU, *Sur l'État, cours au Collège de France, 1989-1992*, Raisons d'agir - Seuil, 2012, spécialement p. 427, qui montre la capacité des juristes à « rendre raison, donner des raisons, produire des raisons » par l'invocation de principes universels.

**263** P. CHAUNU, « Préface », in J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, PUF, 1992, p. 4 qui écrit que « le 'législatif' réduit de l'ancienne France avait laissé un terrain vaste pour une 'reconstruction' d'expertise juridique qui foisonne, comme champignons en couche, dans cette société chicanière, serre chaude où prolifèrent avocats, procureurs et petits juges comme le virus de l'influenza par temps humide ».

**264** *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, 2012 (1<sup>re</sup> éd. 1966), p. 196.

**265** M. VILLEY, « Les fondateurs de l'École du droit naturel moderne au XVIII<sup>e</sup> siècle », *Archives de philosophie du droit*, 1961, p. 80 et s. ; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969. Sur Michel VILLEY, voir : O. JOUANJAN, « Les aventures du sujet dans la narration villeyenne de l'histoire de la pensée juridique », *Droit et société*, n° 71, 2009/1, p. 27

voie aristotélicienne, pose que le droit naturel résulte de l'observation de la nature extérieure à l'homme. Comme le monde obéit à des lois, l'observation des faits permet, par le recours à la méthode expérimentale, de dégager des principes généraux. Il résulte de la nature sociale de l'homme que le droit se comprend comme une relation. La voix moderne sera ouverte par le nominalisme de Guillaume d'Occam au XIV<sup>e</sup> siècle, la Renaissance stoïcienne ou la scolastique espagnole de l'école de Salamanque du XVI<sup>e</sup> siècle. Le caractère rationnel du droit naturel s'affirme : les principes qui le composent proviennent de la raison individuelle de l'homme et non plus de la nature extérieure<sup>266</sup>. Ces premiers principes découverts par la raison engendrent des lois naturelles de nature immuable. La mise en ordre du droit devient possible grâce au regroupement par matière, à son exposé systématique en fonction de principes généraux et selon un plan longuement réfléchi<sup>267</sup>.

La rupture avec les conceptions humanistes du XVI<sup>e</sup> siècle est totale. L'humanisme en France, teinté de nationalisme, développait l'idée « *que le droit, modelé par un rigoureux déterminisme historique et géographique, était nécessairement propre à chaque peuple, dont il reflétait fidèlement le génie et les traditions* »<sup>268</sup>. Hugo Grotius radicalise la conception nouvelle et construit l'ordre juridique par la raison d'un homme abstrait de ses liens sociaux et de son histoire. Le droit ne relève plus de l'observation mais de la construction rationnelle à partir de principes abstraits : « *le droit est désormais conçu comme une série de normes hiérarchisées qui s'ordonnent selon la rigueur des théorèmes mathématiques* »<sup>269</sup>. Pour Grotius, la vie en société s'organise à partir de trois principes juridiques : le respect de la propriété privée ; la force obligatoire du contrat, tenir sa parole ; la responsabilité civile, ne pas faire de tort à autrui. Toute vie sociale paisible, toute communauté humaine, suppose le respect de ces exigences<sup>270</sup>.

En France, Jean Domat réalise l'ambition de la mise en ordre du droit dans le respect des exigences de la logique rationnelle et déductive à partir des « *principes naturels et immuables de l'équité* ». Ces « *vérités générales* » sont « *qu'il ne faut faire de tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les conventions, et fidèle en toutes sortes d'engagements* ». À partir de ces principes, « *on est ensuite descendu aux règles*

et s. ; A. PUNZI, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », *Droit et Société*, n° 71, 2009/1, p. 69 et s.

**266** À l'article « Droit naturel » de *L'Encyclopédie*, Denis Diderot écrit : « *j'aperçois d'abord une chose qui me semble avouée par le bon et par le méchant, c'est qu'il faut raisonner en tout, parce que l'homme n'est pas seulement un animal, mais un animal qui raisonne* ».

**267** A.-J. ARNAUD, *op. cit.* (n. 265), p. 153 et s.

**268** J.-L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le Code civil », in Y. POIRMEUR et A. BERNARD (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 13 et s., spéc. p. 41.

**269** J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.* (n. 263), p. 55.

**270** C. LARRÈRE, *op. cit.*, p. 20 et s.

particulières »<sup>271</sup>. Il résume son projet de la façon suivante : « *le dessein qu'on s'est proposé dans ce livre est donc de mettre les lois civiles dans leur ordre ; de distinguer les matières du droit, et les assembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles composent naturellement* »<sup>272</sup>. Par application des procédés de la logique géométrique, il cherche à articuler les normes entre elles pour dégager l'esprit de la législation civile enfoui dans l'extraordinaire chaos des sources du droit de son époque. Loin du positivisme, qui consiste à décrire le droit tel qu'il est, il propose un modèle de droit souhaitable.

Ce faisant, Domat poursuit un objectif double. Le premier, lointain et hypothétique, vise à l'unification de la législation. Le second, immédiat, cherche à corriger les « égarements » du juge qu'il déplore dans la justice de son temps : « *comme il n'y a point de science humaine où la conséquence des égarements soit plus importante qu'en celle des lois, et que l'intérêt qui dépend de la manière de les appliquer, fait que le cœur, y prenant parti, tourne à ses vues celles de l'esprit ; on voit quels sont les abus que font des lois ceux qui épousent ou la défense, ou la protection des mauvaises causes* »<sup>273</sup>. Il s'agit donc, par l'élaboration d'une raison juridique universelle, de canaliser l'interprétation et l'application du droit, de mettre de l'ordre et de la raison dans le désordre<sup>274</sup>. Cette « *méta-raison juridique* » se traduirait concrètement par une perte de pouvoir des agents chargés de l'application du droit, les juges, les Parlements et toute l'administration. Cette volonté d'universalisation par la raison se retrouvera dans les réflexions du siècle suivant dans les débats sur les subsistances. Et là aussi nous avons constaté que l'universalisation se traduit par une dépossession des acteurs locaux.

Le phénomène d'universalisation s'observe particulièrement bien s'agissant du droit de propriété. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, une complexité extrême caractérise le régime de la propriété foncière<sup>275</sup>. Même la propriété libre, les alleux débarrassés de devoirs féodaux, supporte de multiples contraintes imposées par l'organisation collective de l'exploitation des terres. La propriété collective occupe, de plus, une place essentielle dans l'appro-

**271** Préface aux *Loix civiles dans leur ordre naturel*, la première édition date de 1689, j'utilise l'édition de 1767.

**272** *Ibid.*

**273** *Ibid.*

**274** M.-Fr. RENOUX-ZAGAMÉ, « Domat : du jugement de Dieu à l'esprit des lois », *Le Débat*, n° 74, 1993/2, p. 49 et s.

**275** A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1988. Sur le flou du droit lorsque le marché est encadré dans les relations sociales, voir l'étude passionnante de R. AGO, « Rome au XVII<sup>e</sup> siècle : un marché baroque », *Genèses*, n° 50, mars 2003, p. 4 et s. Dans ce système les droits de propriété sont variables, ils dépendent de la situation de fait et de la position respective des parties. Quant aux créances, elles ne sont jamais intégralement exigées ni les dettes jamais entièrement payées. On voit bien le fonctionnement d'un droit faiblement rationalisé, qui rend tout calcul difficile, voire impossible.

priation du sol et se présente sous des formes très variées<sup>276</sup>. Pourtant Domat dit que le droit de propriété « *donne au propriétaire le droit d'avoir en sa jouissance ce qui est à lui, pour s'en servir, en jouir et en disposer* », il précise que « *c'est par la possession que les hommes ont naturellement commencé à se rendre les maîtres des choses* »<sup>277</sup>. Jean-Baptiste Denisart, en 1771, écrit que « *la propriété, en termes de droits, signifie le fonds, le domaine, la seigneurie de quelque chose dont on est maître absolu, qu'on peut vendre, engager, et dont on peut disposer à son gré* »<sup>278</sup>. En procédant par affirmations – « *la propriété signifie...* », « *la propriété est...* » – et affirmations indémontrables, puisque manifestement contraires aux différents droits de l'époque, ces auteurs visent à faire advenir une nouvelle conception de la propriété, la propriété privée individuelle, au nom d'un ordre naturel purement hypothétique, dans une démarche rationaliste, prospective voire prophétique. D'Olivier, en 1787, prononce même, avant l'heure, l'oraison funèbre du droit positif « *les lois féodales sont des droits équivoques, ou onéreux, qui gênent la société, subsistent encore comme des restes du gouvernement féodal qui ne subsiste plus ; ce sont les décombres d'un bâtiment gothique ruiné* »<sup>279</sup>.

Alors, tout un monde disparaît. Comme la concentration capitaliste rabote inexorablement la biodiversité, la politique publique de la propriété privée individuelle, poursuivie depuis des siècles, produit une perte considérable de savoirs juridiques. L'article 2 de la loi du 10 juin 1793, relative aux communes, donne une idée de la diversité des terroirs et des régimes juridiques en citant les « *terres vaines et vagues, gastes, garrigues, landes, pacages, patis, ajoncs, bruyères, bois communs, hermes, vacants, palus, marais, marécages, montagnes* ». Chaque région développe des droits particuliers : le *kaiolar* en Soule ; le droit de *bandite* dans le Comté de Nice ; les *frosts*, *frostagers*, franchises ou *galois* en Bretagne. Ces droits subtils, adaptés aux terroirs et aux communautés d'habitants, se prêtent mal au calcul économique rationnel. De plus, ils offrent des espaces de liberté politique et de gestion décentralisée. Ils nuisent donc au projet d'unification du territoire sous une houlette

**276** A. BERNARD, « Le droit comme contenu. Une politique publique de la propriété privée ? », in D. RENARD, J. CAILLOSSE et D. DE BÉCHILLON (dir.), *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, LGDJ, 2000, p. 107 et s., spéc. p. 123 et s. pour de multiples exemples et la bibliographie citée. À l'époque contemporaine, les économistes redécouvrent les propriétés collectives. En 2009, Elinor OSTROM reçoit le « prix Nobel » d'économie pour sa contribution à l'analyse des biens collectifs qui conduit à remettre en cause les théories de la rationalité utilisés en économie pour décrire les comportements individuels. Voir, par exemple, G. HOLLAND et O. SENE, « Elinor Ostrom et la gouvernance économique », *Revue d'économie politique*, vol. 120, 2010/3, p. 441 et s. ; J.-M. HARRIBEY, « Le bien commun est une construction sociale. Apports et limites d'Elinor Ostrom », *L'Économie politique*, n° 49, 2011/1, p. 98 et s.

**277** *Op. cit.*, I, 1, 7.

**278** Cité par É. GÉRAUD-LLORCA, « La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime, 1750-1789 », in Y. POIRMEUR et A. BERNARD (dir.), *op. cit.* (n. 268), p. 59.

**279** Cité par É. GÉRAUD-LLORCA, *ibid.*, p. 68.

politique unique et mettent un frein aux ambitions d'accumulation individuelle du capital.

Aujourd'hui que la propriété individuelle triomphe comme politique publique universelle, prônée comme modèle unique par les institutions internationales, les effets de la « *décommunalisation* » des droits sur la nature produisent leurs ravages. La protection des inventions par le droit des obtentions végétales puis par les brevets consacre la privatisation par les multinationales du nord des ressources, biologiques et aussi culturelles, du sud<sup>280</sup>. Le contrôle de l'accès aux ressources passe par la mobilisation, au sens militaire, des moyens de la souveraineté au profit, au service, d'entités économiques devenues gigantesques. Parmi ces ressources collectives concentrées dans la puissance publique, le droit joue un rôle de premier plan. Comme toujours, l'antinomie entre l'État et le marché relève du faux-semblant. Puissance économique et puissance politique sont les deux faces d'un même phénomène : le pouvoir<sup>281</sup>.

Ces monopoles concédés et protégés, le cas échéant les armes à la main, par les États les plus puissants de la planète conduisent à une expropriation des communautés<sup>282</sup> au nom, comme toujours, de l'efficacité économique, voire de la protection de l'environnement. Mais faire de la propriété privée individuelle telle qu'elle se pratique sur les marchés mondiaux la gardienne de la nature démontre un singulier aveuglement idéologique. Il convient plutôt de déplorer une étroite corrélation entre l'ouverture de plus en plus large de la propriété intellectuelle et les désastres écologiques. La « *tragédie des communs* » – selon l'expression bien connue de Garrett Hardin, autrement dit la surexploitation des propriétés publiques au détriment de leur conserva-

**280** Sur cette question, la bibliographie est très riche, voir par exemple M.-A. HERMITTE et Ph. KAHN (éds.), *Les ressources génétiques et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruylant, 2004 ; C. AUBERTIN, Fl. PINTON et V. BOISVERT (éds.), *Les marchés de la biodiversité*, IRD Éditions, 2007 ; pour une présentation synthétique de l'évolution du droit international, voir par exemple V. BOISVERT et Fr.-D. VIVIEN, « Gestion et appropriation de la nature entre le Nord et le Sud, Trente ans de politiques internationales relatives à la biodiversité », *Revue Tiers Monde*, n° 202, 2010/2, p. 15 et L. BOY, « L'évolution de la réglementation internationale : vers une remise en cause des semences paysannes ou du privilège de l'agriculteur », *Revue internationale de droit économique*, t. XXII, 2008/3, p. 293 et s.

**281** Voir, par exemple, A. COBAN, « Entre les droits de souveraineté des États et les droits de propriété : la régulation de la biodiversité, *A contrario*, vol. 2, 2002/2, p. 138 et s. L'auteur écrit que « *L'appropriation du vivant et du produit du travail traditionnel et de l'application des connaissances est complétée par l'appropriation du produit du travail et des connaissances du chercheur* » (p. 145). Le jeu du droit permet cette concentration des richesses, celui du droit des propriétés intellectuelles et celui des sociétés. Voir également Fr. THOMAS, « Biodiversité, biotechnologies et les savoirs traditionnels, du patrimoine commun de l'humanité aux ABS », *Revue Tiers monde*, n° 188, décembre 2006, p. 825.

**282** A. ZERDA-SARMIENTO et Cl. FORERO-PINEDA, « Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 171, 2002/1, p. 111 et s.



tion – se transforme plutôt en drame de la propriété exclusive. Car la surexploitation ne se produit jamais lorsque les communautés, instruites par une pratique ancestrale, gèrent le bien commun. D'autant que le phénomène tragique, qui s'observe lorsque les formes traditionnelles de pouvoir disparaissent, révèle plutôt les excès de la propriété privée : trop de propriétaires de trop de bétail paissent dans un espace dérégulé. Il faudrait donc s'interroger sur la corrélation entre la perte de la diversité biologique et la perte de la diversité juridique au nom d'un droit prétendument naturel.

L'invocation du droit naturel, de l'ordre naturel, qui revient à chaque page dans la littérature juridique, d'abord, et ensuite dans la pensée économique, physiocratique essentiellement, agace prodigieusement aujourd'hui. Du moins ceux qui se donnent pour règle de conduite scientifique la distinction entre le *Sein* et le *Sollen*, entre l'être et le devoir-être, entre le fait et la valeur ou encore entre le droit et la science du droit. L'invention d'un univers symbolique, produit éminemment social et culturel, au nom de la nature réunit dans un même ensemble des éléments incompatibles. D'autant que l'anthropologie atteste que les sociétés primitives ignorent le concept même de propriété. Le monde n'appartient pas à l'homme, mais l'homme au monde. Mais il ne s'agit pas ici de porter un jugement épistémologique, de théoricien, sur le recours au droit naturel. Il s'agit, en historien ou en sociologue, de montrer comment cet usage permet, à l'époque, la rationalisation et l'universalisation de la pensée<sup>283</sup>.

Observons que le recours à l'état de nature ou au droit naturel fournit, d'abord, une arme redoutable de critique politique, sociale et juridique<sup>284</sup>. Pour la propriété, par exemple, substituer le travail à la conquête, à la violence, donc à la barbarie, justifications traditionnelles de la propriété féodale, permet de saper l'ordre ancien. Ensuite, rien ne garantit que les utilisateurs de la théorie soient dupes de la supercherie, qu'ils confondent nature et culture<sup>285</sup>. D'ailleurs, John Locke, l'un des pères fondateurs de « l'in-

**283** Voir M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ - Les Presses de l'Université Laval, 1995, spéc. p. 169 et s.

**284** Sur la fonction critique du droit naturel, notamment dans l'œuvre de Montesquieu, voir *De l'esprit des lois*, op. cit., V. GOLDSCHMIDT, « Introduction », p. 26 et s.

**285** Th. PAINE (*À la législature et au directoire où la justice agraire opposée à la loi et aux privilèges agraires*, Paris, 1797, disponible sur le site Gallica) tient des propos d'une incroyable modernité anthropologique. Pour avoir une idée de la société des hommes à l'état de nature il prend l'exemple des Indiens du Nord de l'Amérique. Il écrit : « on n'aperçoit chez eux aucun vestige de la misère humaine, dont toutes les villes de l'Europe nous présentent le bideux spectacle... La vie d'un Indien comparé à celle d'un européen indigent est un jour de fête perpétuelle, et si on la compare à la vie de nos personnages opulents, elle paraît misérable. Ce qu'on nomme civilisation a donc opéré dans les deux sens contraires » (p. 13). Dans ces sociétés, « la propriété territoriale était originellement impossible ». Chez toutes les nations, les titres de propriété exclusive « ont dépouillé une grande moitié des habitants de leur héritage naturel, sans songer à les indemniser d'une spoliation qui a entraîné un excès d'indigence et de misère » (p. 19).



*dividualisme possessif* »<sup>286</sup> en fournit un indice. Il écrit, dans un texte canonique du libéralisme qui fait de la propriété privée exclusive un rempart contre les excès du politique, « *ainsi, l'herbe que mon cheval mange, les mottes de terre que mon valet a arrachées, et les creux que j'ai faits dans les lieux auxquels j'ai un droit commun avec d'autres, deviennent mon bien et mon héritage propre, sans le consentement de qui que ce soit. Le travail, qui est mien, mettant ces choses hors de l'état commun où elles étaient, les a fixées et me les a appropriées* »<sup>287</sup>. Dans cet extrait, l'auteur démontre bien que l'état de nature relève du simple argument rhétorique. En affirmant que « *les mottes de terre que mon valet a arrachées m'appartiennent* », Locke adopte nécessairement une perspective sociale, le rapport du maître et du valet. Le valet travaille, non le maître. Il devrait donc devenir propriétaire. De plus, en plaçant la propriété dans un « *état commun* », il suppose l'existence d'une organisation collective primitive. L'idée même d'un état naturel, dépourvu d'organisation collective, relève de l'utopie. Il remplit la même fonction symbolique que le marché dans la science économique. La métaphore sert à exclure la considération des relations sociales au soubassement des actions économiques, à penser l'économie comme une sphère autonome<sup>288</sup>. Pourtant l'économie libérale ne peut se passer ni du droit du contrat ni du droit de propriété.

Quel curieux paradoxe, alors que l'économie prétend se « désencastrer » de la vie sociale, elle ne peut se passer d'une institution sociale : le droit. Car dans la pensée libérale, il devient impossible de dissocier l'économie et le droit. Si l'économie de marché suppose l'engagement et la responsabilité, alors le droit s'avère indispensable comme sanction de la parole donnée<sup>289</sup>. De sorte que la science économique est tout simplement impensable sans les catégories du droit, notamment du droit privé, dans le système français qui distingue droit public et droit privé. La matrice du « *droit naturel* » fournit l'univers symbolique commun, « *un cadre de référence enveloppant qui constitue maintenant un univers au sens littéral du terme, dans la mesure où toute expérience humaine peut maintenant être conçue comme prenant place*

**286** C. SPECTOR, « Variations de la propriété. Montesquieu contre l'individualisme possessif », in B. BACHOFEN, *Le libéralisme au miroir du droit. L'État, la personne, la propriété*, ENS Éditions, 2008, p. 95 et s. L'auteur montre bien toutes les résistances à la conception naturaliste de la propriété.

**287** *Traité du gouvernement civil*, Garnier-Flammarion, 1984 (1<sup>re</sup> éd. 1690), souligné par l'auteur.

**288** C. LARRÈRE, « L'étude des sphères : une autre approche de l'économique ? », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 47, 2005/3, p. 319 et s.

**289** Voir Fr. LORDON et P. OULD-AHMED, « 'Qui perd paye...' : Le droit européen des aides d'État comme morale punitive », *Critique internationale*, n° 33, octobre-décembre 2006, p. 56 et s. Les auteurs écrivent que l'échange marchand est « *incapable de se soutenir lui-même et de se conduire à bonne fin par ses propres moyens, l'échange marchand trouve ses garanties dans une série de constructions juridiques et morales contingentes : l'obligation et la reconnaissance de dette* ». Cette responsabilité économique « *a corrélativement institué le sujet économique comme point d'application de cette contrainte, initialement morale, puis juridiquement reformulée* » (p. 55).

en son sein »<sup>290</sup>. Dans les sociétés occidentales modernes, la superstructure de cet univers symbolique s'appelle l'État qui concentre le pouvoir légitime et le pouvoir symbolique. Il constitue, dit Pierre Bourdieu, la forme de croyance collective qui structure l'ensemble de la vie sociale<sup>291</sup>. Opposer l'État et le marché est absurde. L'exemple des farines le montre bien, le marché et la concurrence, tout comme la propriété individuelle, relèvent d'une politique publique poursuivie avec acharnement, voire férocité, par l'État depuis deux siècles<sup>292</sup>.

Avec la Déclaration des droits de l'homme, le droit naturel devient une pensée d'État. Si, jusqu'alors, le droit naturel restait dans le ciel philosophique ou doctrinal, comme un idéal, les représentants du peuple français ont « *décidé d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* ». Du point de vue technique, de la science du droit pour parler comme Hans Kelsen, les choses commencent très mal. Le législateur « *expose* » ? Mais non, le législateur dispose. Dans une « *déclaration* » : *idem*, le législateur dispose, il ne déclare pas. Les « *droits naturels* » : un droit ne peut être que social, culturel si on veut, certainement pas naturel. « *Inaliénable* » la liberté ? Et le contrat de travail qui asservit la substance même de l'homme ? « *Droits sacrés* », singulière précaution dans une société laïque et un discours à prétention scientifique, prohibant donc tout recours aux croyances et aux valeurs.

La déclaration confond tout : la philosophie et le droit, être et devoir-être, les faits et les valeurs, le savant et le politique, Dieu et le monde. Les auteurs se trompent totalement de registre. Dans un texte juridique, ils prétendent tenir un discours de vérité, valable en tout temps et en tous lieux : les principes seraient vrais, mais non obligatoires. À la naissance d'un monde nouveau, pensent-ils, ils se prennent pour Dieu. Voilà, du moins, ce que nous dit Jeremy Bentham, « *les droits naturels sont une pure absurdité : des droits naturels et imprescriptibles sont une absurdité rhétorique, une absurdité montée sur des échasses* »<sup>293</sup> ; cette déclaration est un « *monument de contradic-*

**290** P. BERGER et Th. LUCKMAN, *op. cit.* (n. 264), p. 133.

**291** P. BOURDIEU, *Sur l'État, op. cit.* (n. 262), p. 601. Tout l'ouvrage montre, notamment, que l'État impose des représentations et des valeurs communes dans une entreprise de « *domestication des dominés* », expression que l'auteur emprunte à Max WEBER (p. 565).

**292** Le naturalisme se poursuit dans la période moderne avec HAYEK, par exemple, qui soutient que le marché résulterait d'un « *ordre spontané* ». Il le décrit comme « *un ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein, un ordre qui s'est formé de lui-même sans que l'autorité en ait eu connaissance et parfois contre son gré* » (*Droit, législation et liberté*, PUF, 1980, t. 1, p. 142). L'histoire invalide totalement cette proposition. Les règles de conduite indispensables au fonctionnement même de l'économie de marché relèvent du « *constructivisme* ». Voir, en dernier lieu, Ph. LÉGÉ, « Le mirage du libéralisme hayékien », *Revue française de Socio-Économie*, n° 3, 2009/1, p. 77 et s.

**293** *L'absurdité sur des échasses ou la boîte de pandore ouverte ou la déclaration française des droits en préambule de la constitution de 1791 soumises à la critique et à l'exposition avec une esquisse comparative de ce qui a été fait sur le même sujet dans la constitution de 1795, et un échantillon du citoyen Sieyès. Le*

tions » ; une composition législative décorée « d'une rhétorique sacrée, fort utile dans les poèmes, les pièces et les déclarations de collèges » ; « une prose qui s'emballe », « truffée de superlatifs de toutes sortes »<sup>294</sup>.

Par sa confusion même, cette déclaration se révèle un redoutable instrument de domination. Stéphane Rials observe « curieusement, il ne semble pas que le travail préparatoire puis la rédaction de la Déclaration aient profondément intéressé la majorité des Constituants ni a fortiori retenu véritablement l'opinion, même dans ses franges les plus éclairées »<sup>295</sup>. Autrement dit, et dès le moment de la rédaction, ce texte apparaît comme un outil réservé aux spécialistes de la production symbolique. Alors même que l'Assemblée se compose d'une majorité de juristes, ces juristes se désintéressent d'un texte qu'ils ne considèrent pas comme majeur et véritablement juridique. On peut penser, comme Stéphane Rials qu'ils se trompent. Ou comprendre ce désintérêt comme l'indice que les praticiens du droit se sentent dépassés par une œuvre qui ne relève pas de la technique juridique, mais d'autre chose, des choses sacrées du pouvoir dirait un légiste du Moyen Âge, réservées à un groupe restreint de manipulateurs des discours divins. Les discours à prétention universelle réservent à la très mince élite des spécialistes de l'universel le monopole de l'interprétation de ces textes canoniques.

Depuis lors, les docteurs de la loi ont dompté cet « arsenal pour les sédi-tieux ». Les sources du droit se multiplient. Les déclarations du même type foisonnent, d'une portée encore supérieure car édictées par des instances internationales. La question des droits de l'homme devient de plus en plus complexe. Les droits de l'homme de l'Union ne concordent pas avec les droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Personne ne s'y retrouve ou presque et les spécialistes s'engluent dans des débats stériles. L'homme devient Gulliver, ligoté par la multitude des droits confus et contradictoires que le pouvoir octroie à foison. Seuls les puissants maîtrisent le labyrinthe<sup>296</sup>. Les fonds vautours trouvent toujours un État voyou pour, au nom de la souveraineté et du développement, leur vendre des territoires entiers au détriment des communautés traditionnelles.

---

*Droit enfant de la Loi*, ouvrage longtemps connu sous le titre *Sophismes anarchiques*, texte publié par B. BINOCHE et J.-P. CLÉRO, *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, 1997, p. 34.

**294** *Ibid.*, p. 89 et 90.

**295** St. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 257.

**296** Voir A. TROIANIELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, n° 124, 2003/2, p. 58 et s. L'auteur écrit que le bloc de constitutionnalité « aboutit à des difficultés croissantes de systématisation de ce qui n'est plus qu'un grand bazar livré aux appétits insatiables de l'individualisme démocratique » ; dès lors « la Constitution n'est plus qu'un lieu vide où la politique se trouve privée de sa substance : la fixation des significations communes » (p. 72). Sur l'invocation de la « *fondamentalité* » d'un droit comme ressource de pouvoir, voir V. CHAMPEIL-DESPLOTS, « Des 'libertés publiques' aux 'droits fondamentaux' : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, disponible sur Internet.

La solution, pour les dominés, reste, encore et toujours, la sédition<sup>297</sup>. Que les communautés continuent d'occuper les terres de leurs ancêtres. Que les faucheurs d'OGM persistent à faucher. Que le Sénégal persévère à interdire l'importation d'oignons hollandais, au mépris des conventions internationales, pour protéger les producteurs locaux<sup>298</sup>. Imagine-t-on l'OMC à l'initiative d'une action contre le Sénégal pour prendre la défense d'agriculteurs européens gavés de subventions ? Et quand bien même le gendarme du commerce libéral cèderait à cette pulsion, politiquement dangereuse, il se trouvera bien un juge pour juger, en conformité avec le droit naturel peut-être, que l'humanité est d'abord une espèce vivante et pas seulement pensante ou commerçante.

**297** Sur le droit comme arme aux mains des dominés, voir par exemple, le dossier : « De la critique du capitalisme à la réalisation de la démocratie par le droit ? », *Droit et société*, n° 76, 2010/3, p. 513 et s., présenté par J. COMMAILLE et L. DUMOULIN ; ou L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

**298** Sur le rôle de l'OMC en matière agricole, voir, par exemple, Ph. VELILLA, « La PAC et le cycle de Doha », *Droit rural*, n° 395, août 2011, étude 8.



# Le droit à l'alimentation comme norme impérative générale et la nullité des clauses des traités le transgressant

Miguel Ángel MARTÍN LÓPEZ<sup>1</sup>

239

C'est dans la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 que l'on trouve les normes impératives de droit international général, ou de *jus cogens*. Objet d'une grande attention doctrinale, les spécialistes<sup>2</sup> se sont principalement centrés sur la question de la position hiérarchique de ces normes dans l'ordre international. Ce sont donc des normes supérieures, au-dessus des normes communes.

Mais en se plaçant du seul point de vue hiérarchique, l'identification et la reconnaissance de ces normes s'avère complexe.

Ce n'est qu'avec beaucoup de prudence que l'on peut déterminer les normes susceptibles d'entrer dans la catégorie de normes impératives. C'est pourquoi il n'y a toujours pas de consensus entre les internationalistes, sur

<sup>1</sup> La version initiale de ce texte était en espagnol. La traduction a été assurée par Marie GARCIA, doctorante à la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne.

<sup>2</sup> La bibliographie à ce sujet est abondante. Citons quelques-unes des contributions les plus récentes et remarquées comme R. KOLB, *Théorie de Ius Cogens internacional. Essais de relecture du concept*, PUF, 2001 ; A. CANÇADO TRINDADE, *La ampliación del contenido material del ius cogens*, disponible sur [www.oas.org/dil/esp](http://www.oas.org/dil/esp) ; A. BIANCHI, « Human rights and the magic of *ius cogens* », *European journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 491 et s. ; O. DORR, A. SCHMALENBACH, *Art 53 treaties conflicting with a peremptory norms of general international law (ius cogens) Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2012, p. 897 et s. Pour une vision plus critique voir M. J. GLERMON, « De l'absurdité du droit impératif (*ius cogens*) », *Revue Générale Droit International Public*, vol. 110, 2006, p. 529 et ss.

un éventuel catalogue regroupant toutes ces normes. Au mieux parviennent-ils à identifier un nombre réduit des règles entrant dans cette catégorie.

Une approche différente pourrait alors élargir le champ d'application de ces normes, et les faire admettre avec moins de réticence.

C'est à cette entreprise que s'adonne la doctrine depuis peu.

Comme chacun sait, le droit international est un droit consensuel, éminemment contractuel et soumis à une condition de réciprocité. Basé sur des relations entre États, similaires à celles qui caractérisent le droit international privé<sup>3</sup>, il coexiste cependant avec des normes générales de droit public.

Il est donc logique qu'au fil de son évolution le droit international ait développé ce type de normes, plus connues sous le nom de normes de droit international général.

En pleine expansion, elles sont d'ailleurs beaucoup plus nombreuses aujourd'hui.

Il est tout à fait naturel de penser que ces normes ont un caractère obligatoire. Elles imposent d'ailleurs une conduite aux États qui leur sont assujettis, cette évidence n'étant qu'une conséquence logique de la théorie générale du droit.

Dans certaines hypothèses, le doute n'est même pas permis quant à l'application de ces normes, aucune exception ne pouvant être retenue.

C'est le cas des normes acceptées et reconnues par la Communauté internationale dans son ensemble, appelées également *erga omnes*, pour lesquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par une nouvelle norme de droit international générale ayant le même caractère<sup>4</sup>. Les droits de l'homme et une grande partie du droit de l'environnement revêtent ce caractère.

Qualifier ces normes d'impératives ne doit pas cependant impliquer de difficulté de définition. En définitive, impératif est le synonyme d'obligatoire, d'autant plus pour ces normes desquelles découlent des obligations « entières », pour lesquelles la réciprocité ne joue pas, et qui ne supportent pas la formation d'accords qui leur seraient contraires<sup>5</sup>, remplissant ainsi les exigences issues de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités.

<sup>3</sup> Certains auteurs, comme le Professeur Alfred Verdross, ont déjà fait remarquer que, dans le droit international classique, il y a aussi des limites d'ordre public qui restreignent le droit à conclure un traité. Voir A. VERDOSS, « Forbidden treaties in international law », *American Journal of International Law*, 1937, p. 571 et s.

<sup>4</sup> Les autres normes dont il s'agit sont les normes synallagmatiques ou réiproques, qui sont prédominantes en droit international. Elles supposent une application bilatérale. Elles peuvent continuer à être appliquées entre certaines parties et cesser de l'être avec d'autres. Elles ont un rapport particulier entre elles. Nous pouvons dire que ces normes autorisent un accord qui leur serait contraire.

<sup>5</sup> C'est une des conditions posées par l'article 53 de la Convention de Vienne. Cela est possible lorsqu'il s'agit d'obligations synallagmatiques et réiproques. En grande partie, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des Traités a été pensée pour ce type de traités.

Il s'agit alors de voir à présent si le droit à l'alimentation entre dans cette catégorie de normes, en évaluant s'il fait d'ors et déjà partie du droit international général.

Il est possible de se rallier juridiquement à cette hypothèse.

Pour cela, il s'agit de voir si les États, la communauté internationale dans son ensemble, selon les termes de la Convention de Vienne, estiment qu'ils sont obligés par ce droit en tant que règle générale et universelle allant bien au-delà d'obligations issues d'un simple lien conventionnel ou découlant de la signature par les parties d'un traité. Il s'agit d'évaluer si les États considèrent qu'il y a une *opinio iuris* généralisée sur l'application effective de ce droit dans l'ordre international.

Les preuves de son existence sont considérables dans la pratique internationale (dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, par l'article 11 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, duquel font partie un nombre important d'États de la communauté internationale, dans sa réception par les droits nationaux, dans les déclarations des États ou encore les résolutions des organisations internationales).

Nous pouvons donc affirmer que le droit à l'alimentation a déjà atteint le statut de norme de droit international général, même s'il s'agit d'une victoire au résultat peu réjouissant.

Son contenu est encore limité. Comme chacun sait, il s'agit principalement d'obligations dont la mise en œuvre est progressive. Les détails, moyens et conditions relatifs à son application, sont vagues et peu contraignants<sup>6</sup>. Tout au plus, peut-on compter avec les directives volontaires de la FAO de 2004<sup>7</sup>, dont le contenu est cependant, à de nombreux égards obsolètes, à cause des nouvelles menaces qui cernent ce droit<sup>8</sup>.

Néanmoins, et malgré ces limitations, sa reconnaissance en tant que norme de droit international général, doit entraîner la possibilité d'invoquer

<sup>6</sup> Cependant il faut admettre qu'il ne découle pas de ce droit les seules obligations progressives. Il y a aussi des obligations dont les effets sont immédiats ce que reconnaît l'Observation Générale. Ces dernières sont nécessaires pour rendre effectif le droit à l'alimentation. L'Observation Générale ne l'indique pas expressément, mais cela peut se déduire du droit fondamental des personnes à être libre de la faim, expression utilisée dans différents instruments et qui confirmerait un droit essentiel dans le droit plus vaste qu'est le droit à une alimentation adéquate. La meilleure preuve se trouve dans le fait de considérer, comme le fait l'Observation Générale, qu'il y a violation du droit à l'alimentation quand l'État ne parvient pas à garantir le minimum requis pour être libre de la faim. (E/C.12/1999/5, 12 may 1999, The Right to adequate food [art 11], general comments, Committee on Economic, Social and Cultural Rights).

<sup>7</sup> Directives volontaires à l'appui de la réalisation progressive d'un droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, texte approuvé durant la quatrième réunion du GTIG (23 septembre 2004), CL/27/10-Sup. 1, informe del 30 período de sesiones del Comité de Seguridad Alimentaria, CSA, Roma, 20-23 septembre 2004.

<sup>8</sup> Voir à ce sujet M. Á. MARTÍN LÓPEZ et J. L. VIVERO (éds.), *New Challenges to the Right to Food*, Éd. Huygens, 2011.



les articles 53 et 64<sup>9</sup> de la Convention de Vienne de 1969 face aux traités qui contreviennent à son contenu.

Si ce mécanisme est plus largement appliqué, il renforcera l'application de cette voie de droit. Mais il peut tout aussi bien rester à l'état de chimère. Il ne figure pas d'ailleurs que ce mécanisme prévu par la Convention de Vienne pour la résolution de différends ait déjà été utilisé. Il n'a été invoqué pour aucune norme impérative. Rappelons que l'article 66 prévoit qu'après les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, et lorsqu'il n'a pas été possible de parvenir à une solution, les parties peuvent soumettre le différend à la décision de la CIJ, à moins qu'elles ne décident d'un accord commun de le soumettre à l'arbitrage.

Ainsi arrivera-t-on à une décision obligatoire dans tous les cas et aurons nous l'opportunité de compter sur un organe judiciaire qui dit et fixe le droit applicable, l'essence du droit, et la meilleure voie pour le faire avancer. Le droit à l'alimentation s'enrichirait sans aucun doute si ce mécanisme se voyait largement utilisé. Il s'assurerait qu'aucun traité conclu ne puisse devenir un frein dans la construction progressive d'un droit à l'alimentation.

Nous avons donc souligné l'utilisation peu fréquente de ce recours.

La doctrine anglaise illustre cette idée de manière tout à fait pragmatique, lorsqu'elle s'adonne à la comparaison suivante : les normes impératives de droit international général seraient comme des voitures luxueuses que l'on ne fait jamais sortir de leur garage et que l'on surveille de près.

Le grand défi pour le droit international dans les prochaines années sera donc de parvenir à une plus grande application et effectivité de ce recours. Le droit à l'alimentation en a particulièrement besoin.

Aucun traité postérieur ne devrait pouvoir violer ce droit et les clauses qui le feront devraient être frappées de nullité. La protection du droit à l'alimentation relève d'un intérêt collectif que les Etats doivent protéger et faire valoir tant devant les traités multilatéraux que bilatéraux.

Il faut être cependant réaliste. Il est difficile d'imaginer que des traités disposent explicitement qu'ils ne vont pas respecter le droit à l'alimentation. La nullité est en ce cas on ne peut plus claire.

Il s'agira surtout d'hypothèses dans lesquelles la violation est implicite, et dont l'application de certaines de ses clauses pourra avoir comme conséquence la violation du droit à l'alimentation, et parfois même sans que l'on puisse percevoir directement la relation entre la violation et l'application de la clause.

Nous faisons référence par exemple aux traités de nature commerciale qui limitent la fourniture alimentaire dans des cas de cession de terres d'un

territoire pour des fins non agricoles ou les traités qui restreignent la capacité productive locale. Les exemples sont nombreux...

Il est nécessaire par conséquent de disposer d'un argumentaire solide pour démontrer cette relation et la conséquente violation du droit à l'alimentation.

Chaque fois un peu plus, la théorie générale du droit souligne l'importance de l'argumentation pour construire le droit. Elle reste en effet l'instrument à disposition du juriste pour convaincre et faire avancer les choses<sup>10</sup>. Le droit à l'alimentation, devant ces menaces continues et ces nouvelles réalités a aussi besoin de cela.

---

**10** Un ouvrage récent en Espagne le met en avant : M. ATIENZA, *El derecho como argumentación*, Éd. Ariel, 2012.



## Politique du droit international privé : réflexion critique

*Horatia MUIR WATT*

Comment mener une réflexion critique sur la politique du droit international privé ? La question sera sans doute perçue comme étant iconoclaste, car la matière est elle-même suppose neutre, ou en tout cas, dépourvue de tout agenda politique autre que la promotion d'une forme curieusement éthérée de la justice – souvent qualifiée de « conflictuelle » pour en souligner la distance par rapport au contenu des droits nationaux en conflit. Or, à regarder de plus près, la dimension apolitique du droit international privé est intimement liée à l'idée selon laquelle la répartition des compétences qu'il opère se fait en conformité avec les valeurs indissociables d'une vision libérale, elle-même éminemment politique, du droit privé. Ce qui est souvent appelé la « justice du droit international privé », ou « justice conflictuelle », par opposition à la justice de droit substantiel, vise essentiellement, d'une part, la prévisibilité et la cohérence de la règle de droit, d'autre part, le respect des droits acquis et l'équilibre entre des intérêts privés antagonistes. Elle associe ainsi des arguments de « forme » et de « substance » pour exprimer dans le champ du droit international privé, ce qui a été caractérisé comme étant une vision « individualiste » du monde associée à l'autonomie, par opposition à une vision « altruiste » fondée sur la solidarité<sup>1</sup>. C'est à la lumière de cette dernière distinction qu'il est proposé de repenser le rôle du droit international privé, qui, trop attaché à la valeur libérale de neutralité,

<sup>1</sup> D. KENNEDY, « Form and substance in private law adjudication », 89 *Harv. L. Rev.* 1685.

reste remarquablement absent des débats actuels sur le rôle du droit dans la gouvernance mondiale, alors même que les défis qui attendent cette dernière viennent en grande partie du rôle joué par les acteurs privés dans le fonctionnement de l'économie globale<sup>2</sup>. Au rebours de sa neutralité affichée, il s'agirait de le reconnaître comme espace de contestation ou d'opposition entre des visions opposées du monde.

À cet égard, trois voies (au moins) paraissent prometteuses :

- la première consiste à comprendre pourquoi ce droit a contribué si peu à combler les trous noirs que sont la faim dans le monde, la destruction de l'environnement, l'esclavage moderne, l'accaparement des terres, les problèmes liés aux déplacements des populations. Cette piste conduit rapidement à conclure que sa neutralité l'a rendu complice sinon de la création, du moins du non-traitement, de ces trous noirs. Elle prend place dans une réflexion critique plus générale sur le formalisme juridique et les valeurs qu'il véhicule ;
- la deuxième propose de revisiter les catégories juridiques fondatrices de l'économie libérale. Cette voie est bien illustrée aujourd'hui par une initiative telle que la Charte européenne des biens communs, qui tend à protéger – à sacraliser ? – l'accès à un certain nombre de ressources vitales, dont l'eau et la nourriture, qui ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une appropriation exclusive. Dans un langage un peu différent, il conviendrait de reconnaître des droits humains collectifs indérogeables, comme le droit à un logement décent par exemple, et élaborer un régime spécifique pour ces droits ;
- la troisième voie explore de nouvelles utilisations des outils existants. Il peut s'agir, d'un côté, de redécouvrir ou de réarticuler des textes dont le sens a pu être figé en l'absence de contestation<sup>3</sup>. D'un autre côté, il y a lieu de prêter une attention accrue à l'élaboration du raisonnement judiciaire, dès lors qu'il emprunte lui-même une apparence de neutralité. Par exemple, décortiquer la proportionnalité, identifier les éléments qui y sont mis en balance, vérifier que ce ne soit pas le moyen d'exiler des arguments politiques à la marge du raisonnement, pourrait faciliter l'ouverture d'un espace de contestation.

Dans la présente contribution, pour répondre plus spécifiquement à la question des organisateurs du colloque, qui cherchent à comprendre comment la méthodologie du droit international privé pourrait être utilisé ou mobilisé en rapport avec le droit à la nourriture sur le plan global, deux

<sup>2</sup> V. sur ce point, notre étude, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory*, 2(3), 2011, p. 347-427.

<sup>3</sup> Pour un excellent exemple : O. DE SCHUTTER et K. Y. CORDES, *Accounting for Hunger. The Right to Food in the Era of Globalisation*, Hart, 2011, et spécialement, O. DE SCHUTTER, « International Trade in Agriculture and the Right to Food », p. 181 et s.

exemples serviront à illustrer le renouveau possible de celle-ci. L'un concerne la régulation de l'activité délocalisée des entreprises, à travers leur responsabilité transnationale. L'autre, trop souvent découplée du premier, porte sur l'orientation du droit international de l'investissement direct. En réalité, un fil commun les relie.

## PREMIER EXEMPLE : LA RESPONSABILITÉ TRANSNATIONALE DES ENTREPRISES

L'attention de la communauté internationale a été galvanisée par l'affaire *Kiobel c/ Royal Dutch Shell*<sup>4</sup>, actuellement pendant devant la Cour Suprême des États-Unis. Devant l'échec probable de l'action qui a donné lieu à tant de tensions, une autre, moins médiatisée, a été introduite en octobre 2012 en Hollande. Le déroulement de cette affaire a révélé deux grandes difficultés juridiques inattendues dans la mise en œuvre de la responsabilité civile transnationale des entreprises multinationales, qui concernent toutes deux l'exercice de la compétence internationale. L'ouverture qu'avait semblé représenter l'utilisation du *Alien Tort Statute* dans ce contexte, s'est heurtée, tout d'abord, à la question de la recevabilité d'une action fondée sur ce texte contre une personne morale. Pour le comprendre, il faut savoir que ce texte, rédigé en 1789, prévoit la compétence des juridictions fédérales pour connaître des cas de responsabilité délictuelle impliquant des demandeurs étrangers et fondées sur la violation du droit des nations. Si le développement tardif de contentieux collectifs avait d'abord valu une mise en garde de la Cour Suprême relative au contenu du droit des nations, que les juges nationaux avaient pour seule mission de constater, et non de développer, la possibilité d'introduire une telle action contre une personne morale n'avait pas été mise en doute. Cela arriva cependant dans l'affaire *Kiobel*, devant la Cour du 2<sup>ème</sup> Circuit.

Le débat judiciaire était intéressant en ce que son objet était d'ordre méthodologique. Fallait-il, comme l'a fait la majorité de la Cour d'appel, comprendre le sens du *Alien Tort Statute* comme invitant à rechercher dans le droit international (droit des nations) soit un principe, soit un précédent, consacrant ou retenant la responsabilité civile d'une personne morale ? Une telle recherche était vouée d'avance à l'échec, puisque le droit international ne s'occupe guère de responsabilité civile : l'irrecevabilité de l'action était donc acquise. Mais ne fallait-il pas plutôt considérer, avec le juge dissident, que le *Statute* repose au contraire sur la séparation du fond et de la procédure, laissant au droit du for (national) le soin de déterminer les conséquences à

<sup>4</sup> *Kiobel c/ Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 123-24 (2<sup>d</sup> Cir. 2010).

attacher à une violation d'une norme de conduite posée par le droit des nations ? La Cour Suprême a accordé *le certiorari* pour entendre la cause, mais celle-ci n'a pas été tranchée. Car l'audience à peine commencée, le débat était suspendu et renvoyé pour déterminer la question de « l'extraterritorialité ».

Sous cette dernière rubrique, la question était de savoir si les juridictions américaines peuvent ou doivent exercer une compétence à raison de faits qui n'étaient pas survenus dans le territoire américain. Cette compétence est-elle à ce point universelle ? Le compte rendu de l'audience du 2 octobre 2012 laisse apparaître deux séries de problématiques. La première est celle du *forum non conveniens*. En l'occurrence, le défendeur est *Royal Dutch Shell*, une société néerlandaise. On peut alors se demander pourquoi l'action n'est pas portée aux Pays-Bas – et, de fait, depuis cette audience, une demande y a bien été introduite. Il est vrai qu'on pensait acquise l'incompatibilité de l'exception de *forum non conveniens* avec une compétence fondée sur la volonté du Congrès : comment refermer une porte que le Congrès a voulu ouverte ? Mais une idée identique a été exprimée sous la forme du principe de l'épuisement des voies de recours locales : pourquoi venir aux États-Unis alors que les voies de recours n'ont pas été utilisées dans le for naturel du défendeur ? La seconde problématique concerne la loi applicable. Ses termes sont nettement moins clairs. Il s'agirait de la portée du *Alien Tort Statute*, en présence de faits survenus en dehors du territoire. L'arrêt *Morrison* est invoqué ici, et son rappel de la présomption de territorialité de la loi fédérale<sup>5</sup>. Mais la question ne se situe pas du tout sur le même plan dans les deux affaires. L'arrêt *Morrison* concerne bien le champ d'application dans l'espace d'une loi fédérale (*Securities Act*). La même question n'a aucun sens s'agissant d'une loi dont l'objet est d'ordre juridictionnel, et qui implique l'applicabilité au fond, au moins pour la détermination de la norme de conduite violée, du droit international lui-même !

Si l'action est rejetée aux États-Unis, l'affaire suivra sans doute son chemin en Europe, où l'article 2 du règlement Bruxelles I assure un for – dès lors du moins que le voile de la personnalité morale peut être percé. Mais la loi applicable au regard du règlement Rome II sera la loi du lieu du dommage. Serait-il envisageable alors d'évincer celle-ci au nom de l'ordre public, ou des droits fondamentaux, dont le respect s'imposerait à la société-mère ? De nouvelles difficultés surgissent, également liées à la notion de territorialité. C'est la territorialité des obligations positives de l'État, invoquées dans leur effet horizontal qui pourrait s'opposer ici à l'extension extraterritoriale des droits de l'homme issus de la CEDH, dès lors que la société défenderesse

5 130 S Ct 2869: Cour Suprême des États-Unis d'Amérique, 24 juin 2010, *Morrison et autres c/ National Australia Bank Ltd et autres*, *Rev crit DIP*, 2010.

n'est pas un agent de l'État<sup>6</sup>. C'est ici que se situe le chaînon manquant, dont l'absence paralyse pour l'instant l'extension extraterritoriale des droits fondamentaux. La clé est à rechercher, le cas échéant, du côté du droit de l'investissement.

## SECOND EXEMPLE : L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Le contentieux CIRDI est souvent composé de différends nés à l'occasion d'une tentative de l'État hôte de réguler l'activité dans laquelle est engagé l'investisseur étranger<sup>7</sup>. Il peut s'agir, par exemple, d'appliquer une législation en matière de santé publique ou d'environnement, alors que l'investisseur étranger invoque des droits acquis en vertu du contrat, ou le caractère directement ou indirectement confiscatoire ou discriminatoire de la mesure prise. L'arbitrage d'investissement représente ainsi une forme de privatisation de la régulation de l'économie de l'État hôte. On peut remarquer qu'il s'agit du revers de la médaille précédente. D'une part, le droit international est de peu de secours pour les victimes de violations par des acteurs privés, en raison de la séparation du public et du privé : il n'est pas invocable contre une entreprise privée. Mais pareille distinction est nettement moins étanche lorsqu'il s'agit, en revanche, d'invoquer le droit (international) privé contre un État.

L'exemple le plus frappant de cette asymétrie concerne la privatisation de la dette souveraine. On constate, depuis la sentence *Abaclat* très commentée de 2011, qu'un premier panel CIRDI a accepté d'étendre la notion d'investissement à une simple obligation, dans l'hypothèse du rachat de la dette souveraine sur le marché secondaire. Pareille extension est très contestable dès lors que l'on conçoit un investissement comme contribuant durablement au développement d'une économie ; les instruments financiers deviennent des investissements. C'est ouvrir la porte à l'action des « fonds vautours » et leur instrumentalisation du système d'arbitrage CIRDI. La Grèce risque de tomber rapidement dans ce gouffre : le rachat de sa dette souveraine devient un investissement et les incidents de paiement justiciables de l'arbitrage privé, alors même que les autorités européennes tentent de trouver, dans le champ public, des solutions institutionnelles.

<sup>6</sup> Sur ce point, v. notre étude, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », *Mélanges Courbe*, 2012.

<sup>7</sup> V. M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2010.



Dans ce contexte, l'investisseur pourra invoquer le bénéfice de cette construction fabuleuse du droit international de l'investissement par laquelle une clause du contrat d'investissement – clause-parapluie, ou clause de traitement équitable – transforme la violation du contrat en violation du droit international. Une relation contractuelle de droit (national) privé génère donc un différend de droit international (public). Quel est l'intérêt de faire intervenir ainsi ce dernier ? La réponse dépend évidemment de la version du droit international que l'interprète tient pour la plus crédible, et les sentences reflètent parfois de profondes différences de convictions sur ce point. Mais dès lors que l'arbitre y voit un droit libéral, essentiellement axé sur le respect des engagements (*pacta sunt servanda*) – et non par exemple un ordre indérogeable de protection des biens communs qui légitimerait la primauté du motif sanitaire ou écologique de la mesure étatique – l'État hôte devra respecter ses engagements à l'égard de l'investisseur privé.

Certes, formellement, dans un système essentiellement contractuel, il n'y a pas de jurisprudence arbitrale, de sorte qu'aucune orientation particulière ne devrait prévaloir sur le fond. De fait, la pratique des références croisées a tendance à figer sur ce point une légalité spécifiquement arbitrale, qui peut inquiéter au regard de l'enjeu éminemment public des procédures. C'est sur ce fondement que la légitimité même du système CIRDI est contestée. Au fond, une affaire comme celle qui oppose aujourd'hui les habitants de Lagio Agrio, Équateur, à Chevron/Texaco<sup>8</sup>, et qui donne lieu à un chassé-croisé de procédures arbitrales (de droit international public et de droit privé), de mesures judiciaires provisoires dans le monde entier, d'injonctions anti-suit à portée « globale » et de recours « *claw-back* » sur le fondement du RICO Est-ce que c'est réversible ? C'est pratiquement se poser la question de savoir s'il y a une solution au désordre global qui vient de la coexistence désarticulée de formes de création juridique publiques et privées. Une piste possible serait évidemment de considérer que les arbitrages CIRDI sont eux-mêmes soumis à des normes supérieures, qu'il s'agisse de droits fondamentaux ou de *jus cogens*<sup>9</sup>.

En attendant un tel développement, une réflexion sur le cadre juridique que fournit le réseau des traités bilatéraux d'investissement ouvre un horizon un peu différent, qui mène peut-être vers le chaînon manquant que nous avons pu relever plus haut. Quel rapport entre le droit de l'investissement et la responsabilité transnationale des entreprises ? Les deux matières sont généralement abordées séparément. Mais il ne faut pas oublier que lorsqu'une

<sup>8</sup> Sur l'ensemble de cette affaire complexe, v. notre étude, « Chevron, l'enchevêtrement des fors. Un combat sans issue », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 339.

<sup>9</sup> Sur cette possibilité, v. notre étude, « The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal », à paraître, in Th. DIETZ (dir.), *The Political economy of international investment law*, OUP.

entreprise occidentale – par exemple une multinationale engagée dans l'industrie extractive (Shell, Texaco, Firestone ou Total) –, décide de développer une activité industrielle dans un pays en développement, l'investissement que celle-ci implique sera presque sans exception protégé par un traité bilatéral entre l'État d'origine et l'État hôte. Or, sachant que cet investissement, initiative privée, est encadré et encouragé au niveau interétatique, il est possible que réside là le fondement qui manquait pour justifier l'obligation positive de l'État d'assurer le respect, au-delà de son territoire, de normes fondamentales par les entreprises de droit privé qui tiennent leur personnalité morale de son ordre juridique. On peut imaginer ainsi que ce soit le lien d'investissement encadré qui fonde l'effet horizontal des droits de l'homme invocables dans les rapports entre acteurs privés, quel que soit le lieu d'activité de ces derniers. Appliquée en tout cas en Europe, une telle piste permettrait de donner au for de droit commun une portée équivalente à celui que semblait impliquer le *Alien Tort Statute* aux États-Unis !



## Table ronde n° 2

### **Les moyens juridiques d'assurer le respect des valeurs portées par les droits fondamentaux<sup>1</sup>**

*présidée par François COLLART DUTILLEUL*

253

#### **François COLLART DUTILLEUL**

Avant d'entrer dans la discussion, on va, comme dans la meilleure des musiques de Bach, peut-être attendre un effet de contrepoint après ce que nous a dit Horatia Muir Watt qui a ouvert beaucoup de portes. Nous allons recueillir l'avis d'un internationaliste publiciste qui a sans doute une vision un peu différente de la place de l'État et du droit des Nations : Dominique Rosenberg.

#### **Dominique ROSENBERG**

Je vais formuler deux ou trois réflexions de façon un peu décousue et je m'en excuse par avance.

D'abord, une idée potentiellement féconde et qui me semble irriguer l'ensemble de nos travaux, c'est la question de l'utilisation du droit comme instrument par ses divers destinataires, et de sa très réversible application dans le domaine des droits fondamentaux, à savoir que les États qui essayent de contrôler le procès de leur acception et de leur champ d'application, se trouvent confrontés à un phénomène de retournement qui pourrait s'apparenter à un boomerang : le même droit fondamental, que les États voulaient

---

1 Le style oral des interventions a été conservé.

cantonner à une portée théorique, conquiert son effectivité, revendiquée par des individus courageux, qui finissent par en imposer leur conception. Il n'est pas certain que l'on ait besoin de modifier le droit existant pour essayer de faire avancer les choses, et je vais essayer de donner des exemples de cette réversibilité en matière de droits de l'homme.

Partons donc du droit de l'OMC, puisqu'il est considéré comme l'obstacle principal à la mise en œuvre du droit à la sécurité alimentaire. Olivier De Schutter admet, dans le bras de fer qu'il a avec Pascal Lamy, que le droit de l'OMC prévoit des dérogations, qu'il est beaucoup plus souple qu'il n'y paraît, mais que les procédures sont extrêmement complexes à mettre en œuvre et à comprendre, même pour des juristes, ce qui veut dire que pour des groupes de paysans pauvres et isolés du fin fond de l'Inde ou du Brésil, c'est encore pire. Donc le droit invocable existe mais il est exprimé dans un langage difficilement compréhensible. C'est à ce point qu'on peut se demander si la finalité n'est pas qu'il reste à l'état formel et ne soit pas opératoire.

Sur la réversibilité du droit et sa capacité à être utilisé comme un levier dynamique : je rappelle qu'en 1975, l'Acte final de la conférence d'Helsinki sur la coopération et la sécurité en Europe visait à définir les grands principes juridiques acceptés et reconnus par les deux blocs du monde bipolaire menés par l'Union soviétique et les États-Unis. L'Occident a voulu essayer de piéger l'Union soviétique et le Pacte de Varsovie en introduisant la troisième corbeille dans ces accords relative à la protection des droits de l'homme : quasiment tous les droits de la Convention européenne y sont cités, l'Union soviétique a signé en ayant évidemment bien l'intention de ne jamais les respecter. Je me souviens des débats à ce propos, Raymond Aron affirmant « *on a signé un marché de dupes avec l'Union soviétique* », il estimait qu'il fallait être beaucoup plus ferme et que la naïveté juridique occidentale se heurterait au langage de la force du camp d'en face. Vous savez ce qu'il en est devenu de l'Union soviétique. Que s'est-il passé ? Des groupes minoritaires, des hommes extrêmement courageux, dans tous ces pays (en Tchécoslovaquie avec la Charte de 1977, en Pologne, en URSS, etc.) se sont emparés de ces dispositions juridiques pour essayer de les rendre opposables à leurs autorités et sont allés devant des juges à la botte du pouvoir qui les ont raillés et les ont envoyés en prison, en camp ou en hôpital psychiatrique. Cette appropriation contestataire des droits fondamentaux par des groupes très minoritaires a néanmoins contribué à faire vaciller la superpuissance soviétique : le facteur du droit a donc joué un rôle non négligeable. Que l'on songe à la revendication de la liberté syndicale par le syndicat Solidarnosc en Pologne au début des années 1980, qui, au-delà de l'aspiration à l'exercice d'un droit social essentiel, la liberté syndicale, signifiait la volonté de la société civile et des individus de mettre en place une démocratie pluraliste. En Tchécoslovaquie,

avec la Charte de 1977, Vaclav Havel a mené le mouvement en utilisant l'arme du droit contre le gouvernement alors que ce dernier pensait que personne n'invoquerait ces droits fondamentaux de nature internationale par crainte de la répression. Bien d'autres exemples pourraient être donnés qui ont culminé avec le tournant géopolitique du mur de Berlin. Bien entendu ce facteur n'a constitué qu'une pierre parmi d'autres de la chute du bloc totalitaire mais, partout où les dictatures tombent, le respect des droits est invoqué, couplé à l'exigence démocratique et au respect de l'État de droit.

Ce que je veux dire ici c'est que ce qui a été possible dans ces régimes totalitaires, ce qui a été plus récemment possible avec les régimes autoritaires arabes où là encore ce sont des droits fondamentaux comme la liberté de penser et d'opinion, la liberté de se réunir et de manifester qui ont été agités dans les pays arabes, ce qui a été fait là peut et commence déjà à être fait dans certains pays à propos du droit à l'alimentation ou à propos du droit à l'accès à l'eau car les deux sont extrêmement imbriqués. Si l'on touche à des rivières ou à des lagunes, comme c'est actuellement le cas au Pérou, où les agriculteurs qui ont besoin de l'eau pour leur agriculture s'opposent à ce projet d'ouverture d'une mine de cuivre et d'or soutenu par les autorités, car l'enjeu c'est le maintien de leurs cultures de subsistance et éventuellement les cultures vivrières destinées à être vendues (ce projet minier Conga a été suspendu par le gouvernement le 23 août 2012 jusqu'à ce que la compagnie nord-américaine Newmont fournisse des garanties sur les ressources en eau). Dans le même pays, il y a deux ans, une ethnie indienne s'est fortement opposée à des décrets « amazoniens » qui avaient pour but justement d'attirer des investissements dans des régions occupées par les populations autochtones indiennes : il y a eu des affrontements et des victimes entre l'armée péruvienne et l'ethnie concernée. Les décrets amazoniens ont finalement été retirés.

Autre exemple lié à notre thème de réflexion, celui des droits des peuples autochtones. Ces droits sont codifiés depuis 1957 dans plusieurs conventions de l'OIT, puis dans la déclaration 61/295 de l'ONU de 2007 adoptée par consensus ; seules l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada et les États-Unis s'y sont opposés, le Canada et l'Australie s'y étant depuis ralliés. Cette déclaration reconnaît des droits fonciers aux populations autochtones : on est en présence d'une reconnaissance d'un droit collectif. Au Canada, depuis les années 1980, les droits coutumiers en matière de pêche, de cueillette, de chasse ont été reconnus par les juridictions canadiennes et aujourd'hui se sont enchâssés dans la Constitution fédérale du Canada. En 1996, le premier arrêt a reconnu le droit collectif d'une ethnie indienne du Canada à demander la reconnaissance et la validité de ces titres fonciers. Derrière ce droit à la nourriture et à la subsistance, il y a aussi une signification culturelle extrêmement importante. On sait très bien que les populations autochtones

ont des pratiques alimentaires extrêmement différentes des nôtres et d'ailleurs le texte des Nations Unies et le Conseil des droits de l'homme demandent que ces pratiques spécifiques en matière alimentaire soient respectées : on n'impose pas des pratiques alimentaires de l'extérieur, notamment par l'intermédiaire de l'aide alimentaire.

Vous l'avez compris, ma conception du droit ce n'est pas de dire que le droit serait autonome, un corps de normes figé et statique s'appliquant de façon univoque. Le droit obéit à des conditions de production et à des conditions d'application qui obéissent à un processus dynamique. On n'accordera pas d'en haut le droit à l'alimentation, tous les États ne vont pas se mettre autour d'une table pour élaborer un traité multilatéral pour définir ce qu'est le droit à l'alimentation et quelles sont sa validité et sa portée juridiques. Il va donc falloir, et cela commence même si c'est embryonnaire, que ce droit soit revendiqué de plus en plus largement et fermement pour qu'il ait une chance de s'opposer à l'indifférence des États. L'un des principaux obstacles à cette reconnaissance me semble être la question de savoir quels sont les destinataires et les titulaires de ce droit ?

Qui a le droit à la sécurité alimentaire ? Les individus d'abord, certains groupes (les droits collectifs, l'exemple des peuples autochtones), certaines personnes placées en situation de vulnérabilité, par exemple, en situation de guerre (cf. sur ce point les Conventions de Genève), sachant que, lorsqu'il y a des crises alimentaires, l'aide alimentaire doit être prodiguée sans discrimination. Mais aujourd'hui, la question de l'indépendance alimentaire se pose également aux États eux-mêmes : le développement contemporain du phénomène d'accaparement des terres en constitue une sensible illustration. Depuis dix ans, c'est plus de deux cents millions d'hectares qui ont été accaparés dans le monde. Auparavant, c'était l'enjeu énergétique (le pétrole, le gaz,...) qui était premier mais aujourd'hui les États se prémunissent en achetant des terres ou en faisant acheter des terres (à Madagascar, au Mali : la fondation Mouammar Kadhafi, avant les événements de Libye, s'est vue accorder pour un dollar symbolique des milliers de terres destinées à la riziculture et les autorités maliennes ont indiqué que c'était pour remercier la Libye de les avoir aidées régulièrement financièrement) : cette indépendance alimentaire des pays qui achètent des terres ne se fait-elle pas au détriment du droit à la sécurité alimentaire des paysans pauvres qui occupaient ces terres jusqu'alors, sans titre le plus souvent et qui essayaient de les faire fructifier comme ils pouvaient, sachant que dans ces nouveaux types de contrats il y a des engagements pour aider à l'irrigation d'autres terres, apporter du savoir-faire technique, créer des emplois, etc. ? Deux droits à la sécurité alimentaire peuvent donc s'opposer : le droit des États et le droit des populations (pas seulement celui des paysans pauvres mais aussi le droit des autres paysans de l'État concerné qui peuvent se trouver menacés par le fait que de nouveaux

produits qui vont être cultivés dans une autre région du pays vont inonder l'ensemble du marché ou le droit à la sécurité alimentaire des nationaux dans leur ensemble, qui verraient les terres de leur pays nourrir en priorité des populations étrangères).

Cela montre bien la complexité des conditions d'effectivité du droit à l'alimentation. Il n'est, cependant, pas complètement paradoxal de penser que cet antagonisme initial puisse aboutir à terme à un équilibre satisfaisant et à une reconnaissance plus affirmée du droit à la sécurité alimentaire : en effet, jusqu'à maintenant ce droit est revendiqué au profit des populations des pays les plus démunis. Le phénomène de l'accaparement des terres agricoles signifie que des pays plus riches – Corée du Sud, Chine, États arabes, etc. – commencent à s'en préoccuper pour assurer leur avenir. On peut très bien imaginer que sous l'égide de l'ONU et de certaines institutions spécialisées, telles que la FAO et la Banque mondiale, on puisse en profiter pour établir des bonnes pratiques et des règles pour donner davantage d'effectivité au droit à la sécurité alimentaire pour tous.

Un dernier mot sur le droit impératif général : malgré les réticences des États, malgré ce que dit la France (elle dit qu'elle est contre mais quand cela sert sa diplomatie et sa politique, elle est pour), nous avons constaté ce matin dans l'arrêt *Kadi*<sup>2</sup> que les juridictions européennes faisaient référence au droit impératif général, que la Cour européenne des droits de l'homme fait référence constamment, pour le noyau dur, au droit impératif général, que la Cour interaméricaine des droits de l'homme fait référence au droit impératif général, que le Comité des droits civils et politiques de l'ONU protégeant le Pacte n° 1 fait référence au droit impératif général... La Cour internationale de justice elle-même s'y est engagée prudemment, trop pour certains d'entre nous qui lui demandons encore un effort !

à quelles conditions le droit à l'alimentation pourra-t-il entrer dans la catégorie des normes du droit impératif général ? À condition que la doctrine, y contribue, que les acteurs, tant nationaux qu'internationaux, les destinataires, les titulaires du droit à l'alimentation ne cessent de le revendiquer et de le porter en justice au point que les juges finissent par le qualifier de droit essentiel et fondamental, imposant des obligations juridiques et concrètes aux États.

### François COLLART DUTILLEUL

Cela permet d'ajouter d'autres éléments, et notamment celui de la cause alimentaire, dans le droit impératif général. Il me semble qu'il y a au cœur

<sup>2</sup> CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat c/ Conseil et Commission* (Aff. Jointes C-402/05P et C-415/05P 285).



une première nécessité : avoir une approche globale des questions d'ordre public, droits fondamentaux, *jus cogens*, droit impératif général, droit des Nations, comme un ensemble de valeurs portées par des règles de nature différente mais dont il s'agit de faire reconnaître la portée devant un for dont le choix paraît pouvoir s'élargir. Peut-être faut-il avoir le souci de rassembler conceptuellement tout ce qui va un peu dans ce sens. N'est-ce pas une direction qu'on pourrait donner à nos recherches ?

### Horatia MUIR-WATT

Si bien sûr, je pense que l'une des grandes caractéristiques du droit libéral, c'est la distinction : c'est de distinguer, de mettre en catégories et de séparer et je crois qu'il faut déjouer ce mécanisme à partir du moment où il nous empêche d'aller là où on veut aller. Je ne pense pas que ce soient des concepts fondamentalement différents, je pense que ce sont des dénominations qui ont été données aux concepts dans des contextes différents, dans des normes différentes, dans le cadre de mécanismes différents. Mais au fond il s'agit de faire prévaloir quelque chose qui est commun et d'intérêt général, public, sur des intérêts individuels.

### François COLLART DUTILLEUL

On a commencé à travailler dans ce sens-là. Après avoir entendu tout le monde, je suis convaincu qu'il faut qu'on aille dans ce sens : la repolitisation, c'est peut-être aller contre la segmentation des concepts, segmentation qui, par une sophistication d'un degré extrême, conduit à empêcher ceux qui n'ont pas les moyens d'invoquer le droit en leur faveur.

### Horatia MUIR-WATT

En fait, c'est exactement ce que dit Koskeniemi quand il parle de la fragmentation du droit international<sup>3</sup> : il dit qu'aujourd'hui le champ du droit international est divisé en une multitude de régimes spéciaux : les droits de l'homme, le droit du commerce, la propriété intellectuelle... Et plus on distingue, plus on compartimente les choses, moins on voit les valeurs transversales. Lui, son discours, c'est : réinsertion du général. Mais je suis d'accord que, pédagogiquement, tout le droit pourrait se réduire à ça, donc il faut évidemment que chacun ait à l'esprit les contextes dans lesquels on invoquerait, par exemple, l'intérêt général ou l'ordre public : l'intérêt général

3 M. KOSKENIEMI, *Rapport préliminaire sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Groupe d'étude sur la fragmentation, Commission du droit international, ILC(CVI)/SG/FIL/CRD.1, 2004, p. 1.

dans le contexte du droit de l'Union est un argument particulariste étatique très souvent opposé à la grande marche du droit communautaire, ça peut aller dans un sens comme dans l'autre : ça peut protéger un bien commun, mais dans un sens être néfaste pour un bien commun car c'est un droit particulariste.

### François COLLART DUTILLEUL

Ce que disaient, au début du droit international privé, Weiss, Bustamante, qui considéraient que tout le droit international est inclus dans le concept d'ordre public. Si on va jusque-là, on paralyse. Est-ce qu'il n'y a pas un contre-effet ?

### Horatia MUIR-WATT

Bien sûr, ça se plaide aujourd'hui : on pourrait dire que tous les droits sont dans les droits fondamentaux, les droits de l'homme. Si on prend la Convention européenne des droits de l'homme par exemple, on peut caser tout le droit privé ou tout le droit public, mais est-ce que ça nous est vraiment utile, cette opération de synthèse ? Probablement pas... En revanche, il faut avoir une vision très cohérente de là où on veut aller et du sens dans lequel on va construire des arguments.

259

### François COLLART DUTILLEUL

Je crois qu'il faut qu'on arrive à sortir d'une simple logique de l'équité, de la *comity*, pour entrer dans une logique, sinon de droits acquis, du moins de droits. C'est la logique de la prise en considération des « *local data* », qui, pour moi, est assez proche de la logique de la *comity*. Il faut qu'on sorte de cette logique pour aller dans une logique de conceptualisation plus globale, pour en faire une argumentation juridique et pas seulement humaniste.

Le droit impératif général correspond, en haut de la pyramide des sources, à ce qu'est l'ordre public ou l'intérêt général au plan du droit national. Dominique Rosenberg disait qu'il faut croire au droit impératif général tandis que toi, Horatia, tu étais plus réservée. Je suis plutôt de ton avis car le droit impératif général, au fil des ans, ne produit pas de grands résultats.

### Dominique ROSENBERG

Si par exemple demain deux États veulent conclure un traité pour opprimer un peuple ou une minorité dispersée – il n'est pas complètement irréaliste d'évoquer cette hypothèse, pendant longtemps les Kurdes ont été

au croisement de phénomènes répressifs de la part de la Syrie, de l'Iran, de l'Irak et de la Turquie. Et l'on peut penser à la situation discriminatoire faite aux Roms dans nombre de pays européens : ce type de traité serait contraire au droit impératif général et serait tout simplement rejeté par la communauté internationale et par le Conseil de Sécurité des Nations Unies. De même, si demain un État voulait en coloniser un autre et, à la suite d'un déploiement de puissance, imposait à celui qui est colonisé un traité léonin, ce type de traité serait contraire au droit impératif général. Donc on ne peut pas dire que ce n'est pas opératoire ni surtout dissuasif ! Pendant longtemps on a dit que le droit impératif général ne recouvrait que des normes mortes, c'est-à-dire des normes qui ne seraient plus opératoires mais si consensuelles qu'il ne viendrait à l'idée de personne d'y porter atteinte telles que la mise en esclavage de certaines catégories de populations. Mais des formes d'esclavage moderne existent en Mauritanie ou dans le Nord-Sahel. Et donc, ces normes supérieures sont posées et font consensus pour empêcher que de tels phénomènes se pérennisent et soient légalisés, même si au sens strict du droit international le droit impératif n'est opératoire qu'en droit conventionnel, mais il est admis que sa portée et son champ d'application dépassent ce cadre.

Autre exemple encore plus significatif de mon point de vue, la répression des crimes contre l'humanité et de génocide. Sans aucun doute le fait que l'interdiction de tels crimes a été érigée au rang des normes de *jus cogens* a conduit à une codification plus intense des dispositifs de sanction contre ceux qui la violeraient jusqu'à aboutir à la création de la CPI.

### Miguel Ángel MARTIN LOPEZ

Je crois que nous sommes d'accord sur le fond : c'est vrai que le droit impératif général existe et il y a des mécanismes prévus par la Convention pour pouvoir aller devant la Cour internationale de justice lorsque le *jus cogens* est impliqué. Mais, dans la pratique, il n'y a pas de traité qui affirme explicitement qu'il va coloniser... Ce n'est pas la règle mais ses conséquences qui vont à l'encontre du droit impératif général. Par exemple, la question des accords de pêche entre l'Espagne et le Maroc dans des eaux qui appartiennent aux Sahraouis : avant, il y avait des traités dans l'Union européenne et le Royaume du Maroc ne disait rien. Aujourd'hui, une préoccupation sur la question commence à être suscitée et les Nations Unies ont sollicité un rapport sur cette question. Ce rapport a estimé que cela appartenait au peuple sahraoui et qu'aucun État ne pouvait faire des traités dessus. L'Union européenne a adopté la décision récemment d'arrêter de pêcher. C'est vrai qu'il faut en pratique les mécanismes juridiques à notre disposition et en tirer les conséquences juridiques. Par exemple, la situation dans laquelle les États sont dépendants de l'importation d'aliments est-elle contraire au

droit à l'alimentation ? Probablement oui, donc il faut le dire et en tirer les conséquences.

### Sylvestre YAMTHIEU

Je partage le point de vue sur le droit impératif général, surtout en ce qui concerne le droit à l'alimentation et à la sécurité alimentaire. Je me pose deux questions : qui déterminerait ce droit impératif général et qui en serait le garant ? J'ai l'impression que tout est envisagé sur le plan mondial, en tant qu'Africain et ressortissant d'un pays en voie de développement. Si on définit le droit impératif général sur le plan global, ce sera le droit des États-Unis en coopération avec l'Union européenne que l'on va subir parce que ce sont eux qui détermineraient ce droit impératif général. Par contre, si on écarte l'idée d'un droit impératif général sur le plan global pour l'envisager sur le plan national, la situation n'est pas réglée parce que ça sera toujours le droit du plus fort contre le plus faible. Je pense qu'il faut envisager la question sur le double plan international et local : un droit impératif sur le plan mondial qui donnerait la direction, c'est-à-dire la sécurité alimentaire sur le plan de l'alimentation ; toutes les mesures prises sur le plan national doivent converger vers la sécurité alimentaire et toute mesure contraire serait contraire au droit impératif général et donc nulle. En revanche, qu'on laisse une marge de manœuvre aux États sur le plan national car s'il y a des valeurs universelles, les mœurs ne sont pas universelles, qu'on laisse donc une marge de manœuvre aux États pour leur permettre d'adapter leur droit local aux réalités locales. Si tout est imposé, ça pourrait ne plus être adapté et avec le mécanisme des contrats bilatéraux ils seraient assaillis. Il faut donc définir ce cadre : quel est le cadre de l'ordre public qu'on veut pour la sécurité alimentaire ? À mon avis, ça fonctionne très bien au niveau du système financier mondial : tout le monde se soumet aux orientations générales de la Banque mondiale mais ça n'empêche pas sur le plan national que chaque État a une marge de manœuvre, mais sous la direction du FMI et de la Banque mondiale. Pourquoi on ne le transposerait pas sur le plan de la sécurité alimentaire ?

### Gonzalo SOZZO

Il y a dans la théorie critique du droit différentes positions, et notamment celle de Roberto Mangabera Unger : la position de l'imagination institutionnelle : il pense que les juristes doivent récupérer la capacité d'imaginer les institutions de la société, les juristes depuis deux cents ans ont perdu cette capacité, ils se sont transformés en ingénieur de la société mais pas en architectes. C'est une position très critique par rapport au droit mais aussi très constructive, elle oblige à repenser la formation des juristes.

S'agit-il de repenser le droit international ou de construire un droit global alternatif ? Je dis ça parce que la grande différence entre le droit international et global c'est que le droit international croit dans l'échelle nationale de production (normative) alors que la globalisation ne croit pas dans l'exclusivité de l'échelle nationale. Comment construire un droit international sans l'échelle nationale ou dans lequel l'échelle nationale est perdue dans les autres échelles ? Parler de droit global ce n'est pas aller à l'encontre du droit national mais repenser le droit national en accord avec le droit global, c'est aussi repenser l'échelle infra-nationale : il y a un rapport entre les trois échelles. L'État ne va pas disparaître, il va se renforcer au niveau infra-national et supra-national. C'est en réalité ce que les États sont en train de faire. Donc la discussion doit porter sur l'orientation du droit global : vers le commerce ou vers la construction alternative ?

#### **Dominique ROSENBERG** (réponse à **Sylvestre YAMTHIEU**)

Vous avez dit : qui va déterminer que le droit à l'alimentation appartient à la catégorie des normes de droit impératif général ? Je rappelle que le droit impératif général sert normalement à annuler les conventions uniquement même si, comme je l'ai déjà fait observer, sa fonction aujourd'hui est beaucoup plus large. Qui va déterminer ? Si l'on réfléchit à la définition que donnait Miguel Ángel ce matin de l'article 53 de la Convention de Vienne : c'est une définition totalisante, circulaire, elle n'explique rien mais dit que ce sont des normes acceptées et reconnues par la Communauté internationale des États dans son ensemble. Ce que l'on peut comprendre c'est que des normes acceptées et reconnues par la Communauté internationale des États dans son ensemble, on va les trouver – le juge avant tout – dans de nombreux traités multilatéraux, quelquefois à vocation universelle, quelquefois régionaux, parfois bilatéraux. J'ai parlé tout à l'heure de la clause alimentaire qui serait très utile dans les traités OMC ou sur les investissements : on peut imaginer qu'à force de répétitions de cette clause, dans les traités multilatéraux (FAO, OMC), vu le nombre d'États qui y auront adhéré, on sera en présence de normes acceptées et reconnues par la Communauté internationale des États dans son ensemble. Mais surtout il faut que ces normes soient de plus en plus invoquées devant les juridictions par les destinataires du droit et que celles-ci finissent par leur donner de l'effectivité.

À l'échelon national, rien ne s'oppose à ce qu'il y ait des normes internationales supérieures que tous les États respectent mais que le droit à la sécurité alimentaire soit appliqué de façon progressive dans le temps, de façon adaptée aux habitudes alimentaires de leurs populations et compte tenu des ressources financières de chaque pays. Il n'y a pas d'obligation

d'application uniforme. Ce que dit le droit international à l'alimentation c'est que les États ont des obligations à l'égard de leur population et de celle d'autres États, mais ils conservent une marge de manœuvre. Une norme impérative générale c'est une norme supérieure mais qui n'a pas d'application uniforme automatique.

### **Sylvestre YAMTHIEU**

Je me permets de rebondir pour prendre un exemple concret : l'article 27 des accords sur les ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique) prévoit qu'un État peut interdire l'exploitation, la protection d'un brevet sur son territoire. Mais le même texte dit qu'un État ne pourra toutefois pas invoquer sa législation nationale pour interdire la protection ou l'exploitation dudit brevet. À quoi donc sert cet ordre public ? On dit que vous pouvez interdire la protection, l'exploitation en invoquant l'ordre public et les bonnes mœurs, mais le même texte dit que vous ne pouvez pas citer votre législation interne pour refuser cette protection, cette exploitation.

### **Dominique ROSENBERG**

La Convention de Vienne sur le droit des traités indique très clairement la supériorité d'une disposition conventionnelle sur la législation interne et un État ne peut pas invoquer son droit interne pour se soustraire aux obligations internationales qu'il a librement contractées dans la Convention : c'est du droit des traités pur et simple.

263

### **François COLLART DUTILLEUL**

Oui, c'est la règle. Mais il faut voir si la règle n'est pas faillible sur ce plan-là. Je serais tenté de rejoindre Sylvestre.

### **Dominique ROSENBERG**

Aucun État n'est obligé de signer un traité s'il ne veut pas le signer. Il est couramment reproché au droit international public par les juristes des autres disciplines de ne pas être un vrai droit et de s'appliquer de façon variable et différenciée ou intermittente. On ne peut à la fois faire ce reproche et déplorer que, chaque fois qu'une obligation internationale s'impose à un État, celui-ci puisse s'y soustraire en invoquant son droit interne quand cela sert ses intérêts du moment.

### Horatia MUIR-WATT

La question est très bonne : c'est la question de la place de l'État aujourd'hui dans un monde globalisé. À la fois, on aimerait bien se dispenser de cette étape intermédiaire parce que, dans beaucoup de cas, il y a des abus de souveraineté de la part des gouvernements et, en même temps, c'est un rempart contre des abus qui viennent d'en haut : c'est qu'on a la défense par l'arme nucléaire de l'ordre public. Il faut être très attentif au contexte dans lequel c'est invoqué : quand on a parlé de droits de l'homme, de droits fondamentaux aujourd'hui, tantôt on a envisagé des situations où il s'agit des individus ou des personnes morales contre l'État, donc en gros la conception libérale des droits de l'homme, ce sont les prémices de la Convention européenne des droits de l'homme et ça c'est une conception très européenne parce que très libérale ; dans d'autres hypothèses, on va invoquer les droits fondamentaux des populations indigènes contre l'État qui en abuse, et parfois il s'agira de sauter par-dessus l'écran de l'État pour atteindre quelqu'un de beaucoup plus puissant qui est l'entreprise transnationale. Une des choses qui me paraît importante c'est de se débarrasser du Washington Consensus et du « *One size fits all* » et, comme disait Polanyi, de ré-enraciner l'économie dans le local sans pour autant que ça nous fasse revenir à un monde archaïque.

# Les droits fondamentaux en quête de protection

Yves POIRMEUR

Quels droits fondamentaux faut-il garantir et comment peut-on leur donner pleine effectivité ? Cette préoccupation classique de la doctrine juridique a pris une actualité nouvelle avec les mutations du droit induites par la mondialisation et la globalisation économiques. Si les droits des pauvres sont classiquement de « *pauvres droits* »<sup>1</sup>, moins bien protégés que ceux qui bénéficient aux dominants – les droits de propriété et les marchés libres<sup>2</sup> –, si les libertés reconnues à tous restent largement formelles pour ceux qui n'ont pas les moyens de les exercer<sup>3</sup>, la recomposition des rapports de domination économique à l'échelle mondiale et le triomphe du capitalisme après l'effondrement de l'Union Soviétique<sup>4</sup> se sont

1 D. ROMAN (dir.), *Droit des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, <http://www.gip-recherche>.

2 P. KRUGMAN, *Pourquoi les crises reviennent toujours*, Seuil, coll. « Points », 2009, p. 19.

3 La distinction marxiste entre libertés formelles et libertés réelles permet de saisir l'enjeu fondamental que sont les conditions matérielles de l'effectivité – même s'il est préférable d'apprécier celle-ci en termes de gradation, plutôt qu'en terme de « tout ou rien » – dans l'étude du droit, qui pour ne pas être un simple exercice formel et abstrait de dogmatique juridique, ne peut que s'intéresser à son application et se faire ainsi, science appliquée. Pour une illustration : Odenore (Observatoire des non-recours aux droits et services), *L'envers de la « fraude sociale ». Le scandale du non-recours aux droits sociaux*, La Découverte, 2012.

4 En 1989. Le mouvement de recomposition a bénéficié du changement de la ligne politique chinoise intervenue en 1978 : ouvrant une autre voie que celle préconisée par les maoïstes radicaux qui entendaient continuer la Révolution culturelle, Deng Xiaoping a engagé la Chine sur « *la route du capitalisme* » : P. KRUGMAN, *op. cit.* (n. 2), p. 15.



accompagnés de celle du droit qui jusqu'alors les garantissait. Destabilisant les espaces politiques démocratiques institués dans des cadres nationaux<sup>5</sup>, la formation d'espaces économiques mondialisés très autonomes à l'égard du politique et régis par les seules lois du marché, s'est accompagnée de la construction d'espaces politiques internationaux dotés d'institutions faibles, aux capacités régulatrices des plus réduites et dépourvues de légitimité démocratique, dont le rôle consiste pour l'essentiel, en conformité avec la vulgate néolibérale, à évacuer du champ politique les affaires économiques. Consacrant sur le terrain juridique ces nouveaux rapports de force économiques, un droit nouveau est élaboré aux échelles internationale, régionales et nationales qui démantèle peu à peu les systèmes de protection sociale édifiés dans les sociétés occidentales ainsi que les mécanismes de solidarité traditionnelle qui subsistent encore dans les pays en voie de développement happés par l'extension de l'économie de marché qu'accélèrent les politiques d'ajustement structurel<sup>6</sup>. En même temps qu'elle aggrave la condition d'un prolétariat misérable dans de nombreux pays du tiers-monde, cette mondialisation économique entraîne, dans certains d'entre eux, les pays émergents, une élévation du niveau de vie, la formation d'une classe moyenne<sup>7</sup>, un meilleur respect des droits de l'homme et l'introduction des mécanismes de l'État de droit : situation paradoxale et complexe où le basculement économique du monde a des effets très contrastés. Dans ses zones jusqu'alors les plus prospères, elle se traduit par une profonde remise en cause de l'État providence et par une chute d'une partie significative de la population dans la pauvreté et l'exclusion ; dans d'autres, longtemps tenues à l'écart du développement, elle entraîne un décollage économique qui y favorise l'introduction de certains droits sociaux ; enfin, dans certaines régions où les États se sont effondrés et ont perdu durablement le monopole de la violence physique légitime sur leur territoire, elle s'accommode d'une extrême *brutalisation*<sup>8</sup> des populations qui, livrées à des factions armées souvent économico-criminelles<sup>9</sup>, sont non seulement privées des droits humains les plus élémentaires mais encore victime de crimes internationaux.

5 S. STRANGE, *Le retrait de l'État. La dispersion du pouvoir dans l'économie mondiale*, Temps Présent, 2011.

6 Sur ces politiques de libéralisation de l'économie et leurs effets en matière alimentaire : W. BELLO, *La fabrique de la famine. Les paysans face à la mondialisation*, Carnets nord - Éditions Montparnasse, 2012, p. 29 et s.

7 H. KHARAS, *The Emerging Middle Class in Developing Countries*, OCDE, 2010.

8 J. LAROCHE, *La brutalisation du monde. Du retrait des États à la décivilisation*, Montréal, Liber, 2012, p. 110 et s : « La mondialisation des violences non étatiques ».

9 Sur ce genre d'entreprises criminelles dans le cas de la Sierra Leone et du Libéria : Y. POIRMEUR, « Sanctionner l'impunité d'une criminalité transnationale. La condamnation de Charles Taylor par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Chaos international, Passage au crible*, n° 72 septembre 2012, [www-chaos-international.org](http://www-chaos-international.org).

À l'instar des économistes qui conceptualisent cette mondialisation économique, la doctrine juridique est absorbée par l'intense travail d'élaboration normative et de mise en place des nouveaux corpus juridiques qu'elle nécessite en provoquant une *confusion généralisée des ordres*<sup>10</sup> où s'entrechoquent l'ancienne raison juridique dont les frontières des États étaient l'ultime horizon et celle d'une régulation mondiale dont les principes se contrarient et qui articule difficilement les ordres étatiques des temps anciens et celui plus labile de la gouvernance multicentrique et multi-niveaux des temps nouveaux. Superposant aux États un réseau d'organisations régionales et mondiales à vocation variable qui prend une part de plus en plus importante à l'engendrement et à l'application du droit<sup>11</sup>, la mondialisation aggrave le *flou du droit* qu'elle banalise et impose plus que jamais d'« *ordonner le multiple* »<sup>12</sup>. Confrontée à l'immense défi de la remise en ordre et de la remise en principes du droit contemporain dont les sources aux rationalités différentes s'entremêlent et s'opposent, bref à la nécessité d'appréhender la raison – s'il en est une – qui préside à la réorganisation mondiale des systèmes juridiques et leur donne leur cohérence, la doctrine s'en tient souvent modestement, dans la stricte observance des principes<sup>13</sup> du positivisme juridique<sup>14</sup>, à en dégager, en exposer et en interpréter techniquement les règles. La doctrine ne se réduit cependant pas à cette pratique dominante qui fait son miel du commentaire de jurisprudence et des théories de portée limitée. Elle s'attache aussi, en adoptant une démarche critique beaucoup plus ambitieuse<sup>15</sup>,

**10** A. BERNARD, « La confusion des ordres », *D.* 1997, p. 274 et s.

**11** Sur la fin de l'ordre ancien : A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, 2003, p. 17 et s.

**12** M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit* [1986], PUF, 2004, préface à l'édition Quadrige, notamment « Construction européenne et banalisation du flou » (p. 13 et s.) et « Désordre mondial et nécessité du flou » (p. 18 et s.).

**13** Pour H. HART le positivisme juridique se caractérise par cinq thèses : « 1. Les règles de droit sont des commandements émanant d'êtres humains (étude des commandements humains) ; 2. Il n'y a pas de connexion nécessaire entre droit et morale, ou entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être (indépendance du droit et de la morale) ; 3. L'analyse ou l'étude des significations des concepts juridiques constitue une étude importante qu'il faut distinguer [...] des recherches historiques, des recherches sociologiques, et de l'évaluation critique du droit au regard de la morale, des finalités et des fonctions (autonomie et spécificité du discours juridiques) ; 4. Un système juridique constitue un système logique fermé dans lequel les décisions correctes peuvent être déduites par des méthodes exclusivement logiques, des règles juridiques prédéterminées (déterminisme logique du système juridique) ; 5. Des jugements moraux ne peuvent contrairement au jugements de fait être émis sur la base d'une argumentation rationnelle d'une évidence ou d'une preuve (non cognitivisme dans le domaine éthique) » (*Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 301).

**14** Sur les discours d'autorisation de la doctrine à intervenir dans la production normative : A. BERNARD, Y. POIRMEUR, « Doctrine civiliste et production normative », in A. BERNARD et Y. POIRMEUR (dir.), *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 131 et s.

**15** A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

quelquefois militante<sup>16</sup>, à monter en généralité pour révéler les dynamiques sous-jacentes à l'œuvre dans ces systèmes juridiques en mutation et en saisir l'esprit, avec pour finalités contradictoires au gré des intérêts de ses membres, de leur sensibilité idéologique et de leur distribution politique, soit d'accompagner doctrinalement la mondialisation économique, voire pour ses plus fervents partisans, de la faciliter en lui procurant des instruments et les conceptions juridiques dont elle a besoin pour s'imposer, soit pour ses adversaires, sinon de la contrecarrer, du moins d'en limiter les conséquences négatives, en objectivant l'arsenal juridique susceptible d'être mobilisé pour lutter contre elle. À cet égard, en prenant comme thème de ce colloque le triptyque notionnel « *droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques* » au cœur de toutes les tensions juridiques induites par la mondialisation, ses organisateurs entendaient sortir des sentiers battus du positivisme juridique et examiner quels mécanismes juridiques pourraient, alors que le néolibéralisme triomphe et avec lui la priorité accordée aux libertés économiques, donner davantage d'effectivité aux droits fondamentaux, à commencer par celui de vivre et donc de s'alimenter. Sans prétendre réduire la diversité ni la richesse des contributions qui ont été présentées, le tableau des mécanismes de protection de différents droits qu'elles brossent les montre tout à la fois mieux protégés pour certains d'entre eux – il en va ainsi comme le montre L. Dumoulin, pour les libertés économiques dont les restrictions (gels d'avoirs, inscription sur une *black list*) prises par l'Union européenne, en dans le cadre des mesures antiterroristes prises par l'application de résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies sont soumises, depuis la jurisprudence *Kadi*, à un contrôle juridictionnel protecteur de la CJUE – et affaiblis, voire très mal protégés pour d'autres, comme le droit fondamental à l'alimentation dont F. Collart Dutilleul analyse les heurs et surtout les malheurs. Identifiant le désordre des axiologies qui orientent le système normatif de protection des droits fondamentaux et sa domination par l'axiologie néolibérale particulièrement corrosive pour les droits sociaux individuels dans le cadre de la globalisation en ce qu'elle donne la priorité aux libertés économiques (I), et celui des mécanismes juridictionnels nationaux et internationaux créés pour en sanctionner les violations (II) susceptibles d'expliquer ce bilan contrasté, les contributions suggèrent, lorsqu'on en fait une lecture transversale, que c'est moins par un référentiel de protection unique, difficile à objectiver, que par la combinaison opportuniste d'instruments et de catégories juridiques diversifiés associée à l'institutionnalisation d'un ordre international démocratique et contraignant qu'il sera possible d'accroître l'effectivité des droits fondamentaux les moins bien garantis (III).

<sup>16</sup> A. SUPLOT, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit social*, 2005, p. 1087 et s.

## I. ENQUÊTE SUR LE DÉSORDRE DES AXIOLOGIES

Ne se plaçant pas sur le terrain des critères<sup>17</sup> — formel, matériel ou fonctionnel — d'appréhension des droits fondamentaux qui font sensiblement varier le contenu de la catégorie<sup>18</sup>, mais sur celui de la diversité des mécanismes de leur protection<sup>19</sup> et de leurs régimes juridiques qui les montrent affectés d'une *effectivité* et d'une *fondamentalité à géométrie variable*<sup>20</sup>, les contributions se sont surtout centrées sur les tensions structurelles qui opposent les libertés économiques aux autres libertés fondamentales et plus spécialement aux « droits sociaux ». L'opposition entre les libertés économiques et les droits sociaux est d'autant plus forte que ceux-ci « *ne se traduisent pas le plus souvent, surtout lorsqu'il s'agit de droits dits créance, en droits subjectifs* » alors que les libertés classiques, pour autant que leur proclamation ne relève pas d'un simple affichage idéologique sans portée, « *s'accompagnent du droit à ce qu'elles soient respectées et constituent des droits subjectifs* »<sup>21</sup>. La résolution de ces antinomies juridiques et des contradictions politiques qui les sous-tendent a fait historiquement l'objet de trois problématisations, dont les contributions décrivent les principes et évoquent les difficultés de mise en œuvre. Très discutées par les économistes physiocrates et les réformateurs libéraux au XVIII<sup>e</sup> siècle, ces contradictions n'apparaissent qu'en creux dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au titre des rapports entre liberté et égalité<sup>22</sup>, qui retient une problématisation individualiste et libérale de la protection des droits fondamentaux par un État gendarme. Peu à peu, une seconde problématisation de leur protection s'est imposée, cette fois par un État providence qui répond aux nécessités politiques de reconstituer un tissu social déchiré par les inégalités sociales et la multiplication des

**17** B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 10 et s. Si on retient le sens formel, seuls des droits consacrés par des textes placés sinon au sommet de la hiérarchie des normes juridiques du moins dans une position supérieure peuvent prétendre à la fondamentalité (constitution, traités internationaux) ; si on retient le sens matériel, tous les droits auxquels la société accorde une valeur supérieure en relèveront, quelle que soit la position de la norme qui les consacre dans la hiérarchie des normes.

**18** J.-F. LACHAUME et H. PAULIAT, « Le droit de propriété est-il un droit fondamental ? », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373.

**19** Peut-on sérieusement considérer comme fondamental un droit inscrit dans un texte de valeur supérieur auquel aucun mécanisme de contrôle ne permet de donner la moindre effectivité ?

**20** Peut-on considérer comme fondamental un droit dont la portée est considérablement réduite lorsqu'il est confronté à d'autres droits fondamentaux ?

**21** B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.* (n. 17), p. 17.

**22** Art. 1 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » ; Art. 6 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

risques de toutes natures, mobilise les valeurs et les sentiments altruistes de justice et de solidarité<sup>23</sup>. Enfin, une troisième problématisation, néolibérale, attachée aux valeurs libérales, à rebours de la précédente, entend borner strictement l'intervention de l'État et faire prévaloir les libertés économiques sur les droits sociaux. Combinée avec la nouvelle configuration de la mondialisation des forces économiques, désormais soumises à « *la logique de l'économie globale* »<sup>24</sup>, elle a un effet très corrosif sur la protection de ces derniers. En effet, nourrie de la conversion politique des États démocratiques au néolibéralisme et au libre-échange, mais s'accommodant de l'existence d'États non démocratiques qui ne respectent pas les droits de l'homme, n'accordent guère de droits sociaux à leurs ressortissants et laissent seulement jouer les libertés économiques en maintenant, comme le fait la Chine, un cadre protectionniste pour favoriser leur expansion, cette phase de la mondialisation réduit, là où ils existent, l'efficacité des dispositifs d'intervention de l'État providence fondés sur les idées de justice sociale et de solidarité qui donnent une certaine effectivité aux droits sociaux, sans affecter les libertés individuelles qui sont au contraire mieux sauvegardées.

### A. L'axiologie libérale du « *laisser faire* » : l'État gendarme

En nous transportant au XVIII<sup>e</sup> siècle, au moment charnière où les physiocrates « *n'avaient d'yeux que pour les propriétaires et les grands fermiers entrepreneurs de culture* » et pour dogmes « *le progrès économique par la 'libéralisation' d'un marché de type nouveau* » et « *la concentration agraire* »<sup>25</sup>, A. Bernard a rappelé le caractère structurel de la tension entre libertés économiques et la satisfaction d'un ensemble de besoins ordinaires, qui seront érigés dans les siècles suivants en droit fondamentaux. La constitution de marchés nationaux et internationaux de denrées alimentaires et leur désencastrement des petits terroirs locaux qui en fixaient jusqu'alors l'horizon ultime<sup>26</sup>, entraîne

**23** Sur la généalogie de ce discours : J. CHEVALLIER, D. COCHART, « Présentation », in J. CHEVALLIER (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 6.

**24** C.-A. MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in E. LOQUIN et C. KESSÉDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 30 et s. Dans cette configuration, « *la stratégie et l'organisation des firmes sont soumises à la recherche du taux de rentabilité qui peut être obtenu par des investissements alternatifs sur le marché financier* ».

**25** F. GAUTHIER et G.-R. IKNI « Introduction », in F. GAUTHIER et G.-R. IKNI (dir.), *La guerre du blé au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Les Éditions de la Passion, 1988, p. 8.

**26** M. WEBER souligne que « *pour que puisse exister un commerce professionnel autonome, certaines conditions techniques doivent être données. Il faut avant tout que soient présentes des possibilités de transport, réglementées et d'une manière quelconque prévisibles.* », in *Histoire économique*, Gallimard - NRF, 1991, p. 221. Sur l'organisation du commerce et les luttes autour du monopole du marché municipal et les luttes internes à la classe commerçante pour l'égalité des chances : *op. cit.*, p. 239-243.

une dépossession par les populations du pouvoir particulier qu'elles détenaient sur leurs moyens de subsistance et une « *perte de contrôle des communautés et des hommes sur leurs propres destins* » (A. Bernard). Alors que grands propriétaires terriens et bourgeois réclamaient la consécration des libertés économiques et obtenaient la libéralisation du commerce des grains<sup>27</sup>, en faisant cause commune avec l'État caractérisé par son *absolutisme faible*<sup>28</sup> qui cherchait à stimuler le capitalisme pour répondre à ses propres impératifs politiques<sup>29</sup>, tout le haut personnel politique n'était pas converti aux idées du « *laisser faire et laisser passer* » des économistes physiocrates : nombre de ses membres entendaient sinon maintenir l'ordre ancien auquel ils avaient intérêt, du moins le faire évoluer lentement, incités en cela par les révoltes frumentaires conduisant à réactiver provisoirement le « *vieil arsenal protectionniste* » et à vouloir « *tout contrôler* »<sup>30</sup>. En Angleterre, la résistance au mouvement des enclosures<sup>31</sup> contrariait les revendications libérales et

**27** La dérégulation du commerce des céréales est réalisée par les édits Bertin (1763) qui autorise le transport des grains dans le royaume et L'Averdy (1764) qui libéralise leur exportation. La libre circulation qui reste entravée par les multiples péages, octrois, droits de hallage, n'en suscite pas moins de grandes inquiétudes dans la population et des retours en arrière : J. NICOLAS, *La rébellion française. Mouvements populaires et conscience sociale, 1661-1789*, Folio, 2008, p. 378.

**28** Cette faiblesse, que la France partageait avec l'Espagne, résulte « *de la rencontre d'un État relativement déficient et d'une société bien organisée, dans laquelle existaient de puissants acteurs locaux, dont l'État n'a obtenu que la coopération partielle, le roi se sentant obligé de respecter les droits et privilèges de leurs sujets. L'intégration partielle des élites a eu pour effet d'élargir la coalition des rentiers en absorbant tout d'abord l'aristocratie traditionnelle, puis la bourgeoisie urbaine. Ces élites ont préféré échanger leur pouvoir contre un rang social et une participation dans l'État, non pas sous la forme d'une représentation politique, mais sous la forme d'un droit sur les recettes fiscales de l'État. [...] C'est ce qui conduisit à l'absolutisme faible, où l'État d'un côté, ne voyait son pouvoir limité par aucune contrainte constitutionnelle et, de l'autre, avait hypothéqué son avenir entre les mains d'un groupe d'individus puissants contre lesquels il ne pouvait agir. Cette faiblesse étatique s'est révélée mortelle pour les régimes monarchiques de la France et de l'Espagne. La France ne pouvait rivaliser avec une Angleterre beaucoup plus petite mais dotée d'une fiscalité légitime fondée sur l'approbation du Parlement* » (F. FUKUYAMA, *Le début de l'histoire. Des origines de la politique à nos jours*, Éditions Saint-Simon, 2012, p. 401 et s.).

**29** A. SKORNICKI montre parfaitement les obstacles rencontrés par l'État dans sa stratégie de puissance et les contraintes résultant de l'encastrement des marchés dans de multiples compromis sociaux, et l'incitant à trouver les moyens d'obtenir des ressources en brisant ces compromis et en développant des activités économiques qui y échappent. Le libéralisme apparaît ainsi comme une pensée d'État qui permet à la monarchie administrative de lutter contre les tendances féodales, l'emprise de la Cour, les logiques clientélistes et le cadre patrimonial dans lesquels s'inscrivent la plupart des marchés, in *L'économie, la Cour et la patrie*, CNRS-Éditions, 2011, p. 43-44.

**30** Blocage des « *sorties de grains* », interdictions d'exporter, visites domiciliaires, fixation de prix maximum. Sur cet arsenal et les oscillations de l'État entre ces deux politiques : J. NICOLAS, *op. cit.* (n. 27), p. 379. Sur l'importance des émeutes lors de la *guerre des farines* et l'édit de Turgot sur la liberté intérieure du commerce des grains (1774), *ibid.*, p. 380 et s.

**31** M. WEBER estime qu'en France ce fut grâce à des légistes formés au droit romain que la royauté put « *mettre un frein extraordinairement efficace à l'éviction des paysans par les seigneurs fonciers* » (*op. cit.* [n. 26], p. 359).

conduisaient aussi à avancer prudemment<sup>32</sup>. C'est en effet à toute l'économie morale et à la conception du droit et du politique qui la sous-tendait que se heurtaient les prétentions du libéralisme économique, les émeutes de subsistance étant avant tout l'expression de ces facteurs socioculturels<sup>33</sup>. Dans ces conditions, tous les libéraux n'étaient pas convaincus par la thèse émergente du marché autorégulateur et ne prétendaient pas cantonner l'État dans une sphère d'intervention résiduelle. D'aucuns avançaient l'idée que certaines *marchandises fictives* ne peuvent pas être entièrement soumises à des mécanismes de marché sans que cela ait des effets destructeurs sur la société<sup>34</sup>, et qu'elles doivent donc être placées sous un régime de circulation particulier<sup>35</sup>. C'est le cas du marché des grains qui a la triple caractéristique de fournir « une part considérable de l'alimentation », donc d'avoir ainsi un caractère vital pour la population, d'être soumis à une extrême variabilité des prix selon l'importance des récoltes, et enfin, de déterminer le prix d'un élément essentiel à la formation de très nombreux revenus<sup>36</sup>. Marché vital pour le peuple – c'est une *affaire de faim et de crainte de manquer* –, marché hautement spéculatif pour le propriétaire et le marchand de grains qui peuvent développer des stratégies de stockage et de dissimulation pour entretenir la

- 32** E. P. THOMPSON, *La formation de la classe ouvrière anglaise* [1963], Seuil, coll. « Points », 2012, p. 79. L'auteur souligne que « l'expansion commerciale, le mouvement des enclosures, les premières années de la révolution industrielle se déroulèrent à l'ombre des potences ».
- 33** E. P. THOMPSON montre que les nombreuses émeutes pour le pain « tiraient leur légitimité des présupposés d'une économie morale plus ancienne, selon lesquels il était injuste et immoral de s'enrichir sur le dos du peuple en spéculant ». Selon lui, « dans les communautés rurales et urbaines, la conscience du consommateur précède les autres formes de conscience politique et sociale. Le révélateur le plus fidèle du mécontentement populaire n'était pas le niveau des salaires, mais le coût du pain. Les artisans, les hommes de métier indépendants, ou encore les mineurs d'étain de Cornouailles, où la tradition du 'mineur' libre resta vivace jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, considéraient que leur salaire était déterminé par la coutume ou par leur propre marchandage. Ils estimaient normal d'acheter leurs denrées à des prix également régis par la coutume, y compris en période de disette. (Les 'lois' providentielles de l'offre et de la demande, où la rareté se traduisait inévitablement par une hausse des prix, n'étaient nullement acceptées par la conscience populaire, qui restait attachée aux traditions antérieures de marchandage direct.) Chaque augmentation brusque des prix provoquait une émeute. Un mélange subtil de loi et de coutume régissait le 'Tarif du pain' (Assize of Bread), le poids et la qualité de la miche. Même la tentative pour d'imposer la mesure-étalon de Winchester pour la vente du froment contre une mesure traditionnelle pouvait se terminer en émeute » (op. cit. [n. 32], p. 81-82).
- 34** Ceci n'a rien de nouveau, comme le montre K. POLANYI, *La subsistance de l'homme. La place de l'économie dans l'histoire de la société*, Flammarion, 2011. Dans la Grèce antique, l'approvisionnement de la population est un souci politique constant : À Athènes « l'économie de la polis [...] comprenait trois éléments que nous considérerions aujourd'hui comme hétérogènes : une redistribution au sein des unités domestiques ; une redistribution au niveau de l'État ; et des éléments d'économie de marché » (p. 254).
- 35** Pour une analyse des positions doctrinales de d'Argenson, Turgot et Necker sur la spécificité du commerce des blés et de la formation de leurs prix : Ph. STEINER, « La liberté du commerce : le marché des grains », *Dix-huitième siècle*, n° 26, 1994, p. 209-214.
- 36** Rente des propriétaires, gains des fermiers, salaires des ouvriers et, par voie de conséquence, capacité de leurs bénéficiaires à payer des impôts : *ibid.*, p. 210.



rareté et profiter au mieux d'une mauvaise récolte ou d'une récolte incertaine en faisant monter démesurément les prix – c'est une *affaire d'argent et d'intérêt* –, marché opaque mettant aux prises des agents inégaux, sur l'état duquel les acheteurs ont une très faible visibilité, il est de ce fait extrêmement sensible « pour l'administration qui a en charge l'ordre public »<sup>37</sup>. Libéral, mais s'opposant aux physiocrates sur la liberté du commerce des blés, L.-S. Mercier ajoute aux considérations classiques sur le « danger d'essuyer des révolutions » qu'elle fait peser sur le gouvernement, bien perceptible lors de la *guerre des farines*, un argument d'ordre social pour justifier son organisation par l'État. C'est une sorte de *droit à l'existence*<sup>38</sup> qui est avancé pour faire prévaloir les exigences du ravitaillement de la population sur le libre jeu du marché : « le blé, écrit-il, est une denrée top nécessaire et trop peu chère, eu égard à sa nécessité, pour la confier et l'abandonner aux combinaisons des marchands altérés de la soif de l'or [...], c'est mettre la vie du pauvre à leur discrétion, et l'on sait que le salut du peuple doit être la loi suprême »<sup>39</sup>. *Affaire de l'État*, qui a pour fonction d'assurer l'harmonie sociale, la liberté du commerce demande à être institutionnellement construite pour ne pas être mise en échec et produire des injustices. À cet égard, le gouvernement doit, ne serait-ce que pour *assurer son repos*<sup>40</sup>, spécialement veiller sur les marchés de denrées alimentaires – on dirait aujourd'hui de première nécessité<sup>41</sup> –, ne pas les abandonner « à la cupidité et au hasard » et recourir, pour empêcher que la liberté devienne « homicide »<sup>42</sup>, à un ensemble de techniques administratives pour les régulariser dans l'intérêt général<sup>43</sup> : pour des raisons de sécurité, une *police de la subsistance* est indispensable.

Ce que l'Ancien Régime n'était pas parvenu à réaliser, la Révolution de 1789 le fait en tranchant clairement en faveur des libertés économiques. La

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>38</sup> L.-S. MERCIER, *Notions claires sur les gouvernements*, Amsterdam, 1787, t. 2, p. 137 et s., cité par M. DORIGNY, « Mercier et l'économie », *Dix-huitième siècle*, n° 26, 1994, p. 168 : « Il y a une voix intérieure qui nous dit que les hommes sont égaux et ont tous droit aux biens de la terre ».

<sup>39</sup> L.-S. MERCIER, *op. cit.* (n. 38), p. 323, cité par M. DORIGNY, *op. cit.* (n. 38), p. 167.

<sup>40</sup> Cette exigence est relevée à plusieurs reprises par A. BERNARD, qui montre aussi l'originalité des économistes-administrateurs de cette époque, qui, comme Turgot lorsqu'il était intendant du Limousin, voulait « à la fois soutenir les prix agricoles et rendre les subsistances abordables pour le consommateur ».

<sup>41</sup> Voir l'intervention de J.-B. RACINE évoquant une hiérarchie des droits fondamentaux reposant sur la priorité des besoins physiologiques, qui ferait apparaître l'alimentation au premier rang.

<sup>42</sup> L.-S. MERCIER, *op. cit.* (n. 38), p. 326 : « Mais la liberté que devient-elle dans un pareil système ? Je sais aussi bien que personne que la liberté est l'âme du commerce, et que la gêne la tue ; mais quelle liberté que celle qui ne tendrait qu'à la ruine de la patrie ? Quoi, le laboureur ne sera pas libre parce qu'il n'aura pas la faculté de faire mourir de faim les malheureux qui travaillent pour lui ! Mais la liberté doit-elle jamais être homicide, et l'esclavage ne serait-il pas cent fois préférable ? ».

<sup>43</sup> L.-S. MERCIER suggère de définir légalement une fourchette de prix, à l'intérieur de laquelle la loi de l'offre et de la demande joue librement, combinée avec une politique d'achat, de stockage et de vente des grains par l'administration, permettant de stabiliser les prix.



nuit du 4 août sont abolis les privilèges et toute la structure corporative de la société d'Ancien Régime sur lesquels se brisaient depuis bien longtemps les politiques de libéralisation des marchés<sup>44</sup>. La suppression des corporations faite<sup>45</sup>, le *référéntiel libéral* qui inspire les politiques conduites se concrétise par la mise en place des institutions permettant l'instauration d'un marché national<sup>46</sup> – institutions commerciales et industrielles pour faciliter les transactions<sup>47</sup> (foires, marchés, bourses de commerce), administration assurant la police du commerce et structures établissant des relations entre administration et producteurs (chambres de commerce, chambres consultatives des manufactures...), création de juridictions pour trancher les litiges commerciaux, établissement d'une monnaie pour réaliser les échanges<sup>48</sup>, adoption de poids et mesures uniformes pour constater la quotité des choses vendues<sup>49</sup>. Subsistent des professions dont l'exercice est subordonné à des études spéciales et des conditions de capacité, pour protéger « *la fortune des familles, la santé et la vie des citoyens* » qu'on ne saurait « *livrer à l'ignorance présomptueuse ou au charlatanisme* »<sup>50</sup>, des activités soumises à autorisation préalable

**44** Colbert avait déjà préconisé la suppression des règlements posant des conditions d'admission des marchands dans les corporations. Turgot s'attaqua à ce système par un édit de février 1776. Le préambule de l'édit est un virulent réquisitoire contre ces monopoles qui privent les citoyens du droit d'exercer le métier de leur choix et leur fait perdre des salaires et des moyens de subsistance, et diminuent les recettes que l'État tire du commerce et des travaux industriels... A peine pris, l'édit fut retiré et Turgot quitta le gouvernement.

**45** D. 4 août 1789, D. 14 décembre 1789, D. 27 juin 1790, L. 17 mars 1791, L. 14-17 juin 1791. (Le « Décret d'Allarde » [2-17 mars 1791] supprime les maîtrises et les jurandes et la loi Le Chapelier [14 juin 1791] incrimine le rétablissement des corporations). La loi du 17 mars 1791 dispose qu'il est libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon, sauf à prendre une patente qui ne peut être refusée à ceux qui en acquittent les droits (art. 7). Les coalitions des maîtres contre les ouvriers et des ouvriers contre les maîtres sont interdites et sanctionnées (art. 414, 415, 416 du Code pénal). Les manœuvres frauduleuses destinées à faire varier les prix des denrées sont aussi réprimées (art. 419 et 420 du Code pénal).

**46** Sur la création de ces institutions : E. V. FOU CART, *Éléments de droit public et administratif*, t. 1, Videcoq, 1839, p. 340.

**47** Après qu'un décret de la Convention (14 août 1793) ait établi une liberté illimitée, un décret du 18 vendémiaire an II revint sur cette liberté en maintenant seulement les anciens marchés et en prohibant qu'en soient créés de nouveaux pour les grains et denrées, jusqu'à ce que la Convention en ait autrement décidé. L'autorisation d'en créer de nouveaux est « *un acte d'administration générale* » et appartient donc au gouvernement : arrêté du 7 thermidor an VIII, Instruction ministérielle des 8 novembre 1822 et 29 décembre 1825 : E. V. FOU CART, *op. cit.* (n. 46), p. 346.

**48** Un ensemble de textes a mis en place le nouveau système monétaire : le franc a été institué comme unité monétaire, basée sur le système décimal. Lois des 24 août et 12 septembre 1793, 28 thermidor an III, 3 brumaire an V et 7 germinal an XI.

**49** Sur l'établissement et les rectifications de la nomenclature des poids et mesures : L. 30 mars 1791, L. 1<sup>er</sup> août 1793, L. 18 germinal an III, L. 19 frimaire an VIII. Sur l'introduction progressive de ce système et la tolérance à l'égard des anciennes unités : E. V. FOU CART, *op. cit.* (n. 46), p. 370 et s.

**50** *Ibid.*, p. 299. Il s'agit des avocats, médecins, chirurgiens, officiers de santé, docteurs, sages-femmes, pharmaciens, herboristes. Cette préoccupation de santé publique conduit à soumettre à autorisation les entreprises commercialisant des eaux thermales ou minérales. Il en allait aussi ainsi des professions d'imprimeurs et de libraires, pour protéger la société « de la corruption des mœurs ».

en raison notamment de leur insalubrité ou de leur dangerosité<sup>51</sup>, ou encore des risques qu'elles font courir à un public crédule<sup>52</sup>, ainsi que des industries réglementées<sup>53</sup>. La puissance publique se borne à instituer le marché, à en assurer la police, et à interdire qu'on « *déroge par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »<sup>54</sup>. Pour le reste, elle laisse agir la « *main invisible* », qui, selon A. Smith, conduit chaque particulier « *à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions* » et l'amène lorsqu'il recherche « *l'amélioration de son sort* » et « *l'augmentation de sa fortune* », à travailler aussi au bien commun<sup>55</sup>. Proclamant des « libertés abstention » et des droits politiques, la Déclaration de 1789 exprime parfaitement l'esprit libéral et individualiste qui imprègne le système juridique : l'ordre marchand et l'économie capitaliste peuvent librement s'étendre sur la base d'un laisser faire<sup>56</sup>, dont les seules limites sont les atteintes à l'ordre public et la nécessaire conciliation des droits et libertés dont le législateur a la responsabilité

Dans le prolongement, les théâtres sont soumis à permission, de même que les spectacles... Des professions sont aussi érigées en offices : notaires, avoués, huissiers, commissaires priseurs, agents de change...

**51** Décret du 15 octobre 1810.

**52** Sociétés anonymes en général, entreprises financières : banques, caisses d'escompte, assurances.

**53** Au premier rang desquelles la boucherie et la boulangerie : le prix n'est pas fixé de gré à gré pour le pain et la viande, en raison du danger pour les pauvres d'une hausse des prix sur ces denrées nécessaires à la subsistance quotidienne (loi du 19 juillet 1791, art. 30 et 31).

**54** Code civil, art. 6. L'ordre public est spécialement évoqué à propos des servitudes (« *Il est permis aux propriétaires d'établir, sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient pas imposés ni à la personne ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public* » [art. 546]) ; les donations et testaments (« *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaires les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites* » [art. 900]) ; la cause (« *L'obligation sans cause, ou sur fausse cause ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* » [art. 1131] ; « *La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux mœurs ou à l'ordre public* » (art. 1133)) ; et le contrat de mariage (art. 1387 et art. 1390).

**55** Il précise dans *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* ([1776], Flammarion, 1991, p. 82) que « *Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière et du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts. Nous ne nous adressons pas à leur humanité mais à leur égoïsme ; et ce n'est jamais de nos besoins que nous leur parlons, c'est toujours de leur avantage* ».

**56** Notamment : Art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* » ; art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* » ; art. 5 : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas* » ; art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». C'est de l'article 4 que le Conseil constitutionnel fait découler la liberté d'entreprendre (CC, 27 juillet 1982, déc. n° 81-132 DC, considérant 16) ainsi que la liberté contractuelle (entre autres : CC,

pour en permettre l'exercice par tous. Nuls droits sociaux n'y sont évoqués qui viendraient contrarier les libertés économiques<sup>57</sup>. La Révolution a certes connu des phases où la logique de l'égalité a prévalu sur celle de la liberté<sup>58</sup>. Mais c'est l'ordre économique libéral qui s'est finalement imposé, servi par un État qui s'autolimité dans le champ économique : il laisse jouer les lois du marché, en garantissant seulement le respect et fait prévaloir des intérêts généraux dans le fonctionnement de certains marchés, qui ne peuvent être abandonnés aux lois ordinaires du marché sans troubles pour l'ordre public et la conservation de la société<sup>59</sup>. La liberté du commerce et de l'industrie ainsi organisée a favorisé un important développement industriel, elle n'empêche pas une forte extension de l'intervention économique de l'administration. En effet, si l'État imaginé par la Révolution de 1789 est économiquement libéral, il demeure politiquement autoritaire et n'entend abandonner ni ses privilèges, ni ses prérogatives : l'action administrative s'exerce toujours dans des conditions exorbitantes du droit commun<sup>60</sup> et est largement soustraite à la connaissance des juridictions ordinaires<sup>61</sup>. Dans un pays de tradition colbertiste, il a utilisé toutes ces ressources pour développer l'activité économique, encouragé en cela tout à la fois, par les industriels désireux de mettre en valeur de nouveaux marchés et d'en faire supporter par l'État les coûts

10 juin 1998, déc. n° 98-401 DC, considérant 29 ; CC, 13 janvier 2000, déc. n° 99-423 DC, considérant 40.)

- 57** Robespierre dans son discours à la Convention du 2 décembre 1792 « Sur les subsistances et le droit à l'existence » avance l'idée d'un droit des indigents à accéder aux moyens de subsistance élémentaires : *« Quel est le premier objet de la société ? C'est de maintenir les droits imprescriptibles de l'homme. Quel est le premier de ces droits ? Celui d'exister ! [...] La première loi sociale est donc celle qui garantit à tous les membres de la société les moyens d'exister [...] Il n'est pas vrai que la propriété puisse jamais être en opposition avec la subsistance des hommes »*.
- 58** La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793 porte la marque de la vive inflexion jacobine en faveur de l'égalité, notamment son article 21 : *« Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à tous ceux qui sont hors d'état de travailler »*.
- 59** Au titre de sa fonction de conservation générale et à perpétuité de la société, P. LEROY-BEAULIEU attribue à l'État la tâche de protéger la nature – les forêts, le régime des eaux et les animaux menacés (oiseaux, poissons baleines, éléphants...), in *L'État moderne et ses fonctions*, Guillaumin, 1891, p. 120 et s.
- 60** « Dans la logique des principes de 1789, note B. CHENOT, ces règles exorbitantes du droit commun ne gouvernent qu'un secteur très restreint de la vie sociale. Les relations économiques leur échappent dans une large mesure car l'État s'abstient en général d'y intervenir. Le droit public est surtout un droit de police : l'État ne doit plus être qu'un gendarme » (*Organisation économique de l'État*, Dalloz, 1951, p. 41).
- 61** Cette soustraction a été posée une première fois par l'édit de Saint-Germain (1641) : J. CHEVALIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 48-49. L'Assemblée constituante en confirmera le principe et condamnera tout empiètement des tribunaux judiciaires sur l'action administrative, sauf textes spéciaux prévoyant leur compétence pour certaines catégories de litiges (L. 16-24 août 1790, titre II, art. 13. Également, L. 16 fructidor an III). La poursuite des fonctionnaires est soumise à une protection spéciale par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, tandis que le règlement des conflits de compétence est attribué au chef de l'État.

d'infrastructures, par les tensions sociales produites par l'industrialisation et par la formation d'un mouvement socialiste, préconisant l'adoption d'un autre système économique et la reconnaissance de droits sociaux.

### ***B. L'axiologie de l'État providence : dirigisme économique et socialisation du droit***

Plusieurs chaînes causales différentes mais convergentes ont conduit à l'adoption progressive d'un *référentiel dirigiste* des politiques publiques et à l'invention de techniques d'intervention administratives permettant de satisfaire de nouveaux besoins et de donner une certaine effectivité à une inflation de droits sociaux, consacrés par la loi, dont un bon nombre – les « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* » – ont été inscrits dans le préambule de la Constitution de 1946, repris dans celle de 1958<sup>62</sup>, dans une conjoncture où la guerre terminée soufflait encore *l'esprit de la Déclaration de Philadelphie* qui, tirant les leçons de ses atrocités et de la barbarie nazie, entendait « *faire de la justice sociale l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international* »<sup>63</sup>. Les premières manifestations du double mouvement de *socialisation du droit* et de *publicisation du droit*, dans lequel G. Ripert vit, au début des trente glorieuses, la manifestation d'un *déclin du droit*<sup>64</sup>, apparaissent peu de temps après la Révolution, comme des réponses<sup>65</sup> aux effets néfastes des progrès économiques et de l'expansion industrielle favorisés par la libéralisation<sup>66</sup>, qui en même temps qu'un enrichissement global, provoque une misère effroyable<sup>67</sup>, périodiquement amplifiée par des crises économiques.

<sup>62</sup> Pour une analyse des débats sur leur valeur juridique sous la IV<sup>e</sup> République : Y. POIRMEUR, « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique : la construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », in G. KOUBI (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 100 et s.

<sup>63</sup> A. SUPLOT, *op. cit.* (n. 15), p. 9. Il s'agit de la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail (10 mai 1944).

<sup>64</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, chap. II : « Tout devient droit public », p. 37 et s.

<sup>65</sup> J. SCHUMPETER souligne que « *la technique et l'ambiance de lutte pour la législation sociale obscurcissent deux faits, évidents en soi, à savoir que, [...], une partie de cette législation est conditionnée par une réussite capitaliste préalable (en d'autres termes par une création antérieure de richesses due à l'initiative capitaliste), et que, [...], beaucoup de mesures développées et généralisées par la législation sociale ont été auparavant amorcées par l'action de la classe capitaliste elle-même* » (*Le capitalisme peut-il survivre ?*, Payot, 2011, p. 22).

<sup>66</sup> Sur ces changements et « *les handicaps du libéralisme en France* » : F.-P. BÉNOIT, *La Démocratie libérale*, PUF, 1978, p. 206 et s.

<sup>67</sup> VILLERMÉ, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie* (1840). La description des ouvriers se rendant de leurs villages à Mulhouse pour travailler à la fabrique en 1835 est restée célèbre : « *il faut les voir arriver chaque matin en ville et en*

Si l'intégration de l'agriculture au marché s'effectue lentement, laissant durablement subsister une économie rurale essentiellement autarcique<sup>68</sup>, l'exode rural, porté par l'industrialisation, défait les solidarités familiales traditionnelles<sup>69</sup> et peuple les faubourgs des villes de leurs « *classes dangereuses* »<sup>70</sup>. Les tensions sociales résultant de l'industrialisation, la formation d'un prolétariat industriel remuant et engendrant des troubles – les émeutes de Lyon en 1831 et 1834 –, l'affirmation d'un mouvement socialiste prétendant représenter ses intérêts et la sensibilisation de l'opinion à la misère ouvrière<sup>71</sup>, inciteront l'État à adopter une législation sociale et un droit du travail de plus en plus protecteurs<sup>72</sup> en contradiction avec les principes du libéralisme économique. Le suffrage universel, institué tardivement en 1848 alors qu'il était la conséquence logique des principes de 1789, complété plus tard par la reconnaissance du droit syndical<sup>73</sup>, donnera aux revendications populaires une expression politique dans les institutions et favorisera l'enrichissement rapide de la législation sociale, limitant la liberté contractuelle, débouchant, au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, sur la formation d'un État providence<sup>74</sup>.

---

*partir chaque soir. Il y a parmi eux une multitude de femmes pâles, maigres, marchant pieds nus au milieu de la boue, et qui, faute de parapluie, portent renversé sur la tête, lorsqu'il pleut, leur tablier ou leur jupon de dessus, pour se préserver la figure et le cou, et un nombre encore plus considérable d'enfants non moins sales, non moins hâves, couverts de haillons tout gras de l'huile des métiers, tombée sur eux pendant qu'ils travaillent. Ces derniers, mieux préservés de la pluie par l'imperméabilité de leurs vêtements, n'ont pas même au bras, comme les femmes dont on vient de parler, un panier où sont les provisions pour la journée ; mais ils ont à la main ou cachent sous leur veste, ou comme ils le peuvent, le morceau de pain qui doit les nourrir jusqu'à l'heure de leur rentrée à la maison ».*

- 68** Sur ces rythmes très lents et les processus de désenclavement d'une campagne qui vivait « repliée sur elle-même » : E. WEBER, *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale, 1870-1914*, Fayard - Éditions Recherches, 1983. L'auteur note que « les biens et les produits étaient échangés avant tout entre régions voisines et complémentaire. [...] La plus grande partie du tonnage des marchandises ne parcourait que de courtes distances » (p. 289).
- 69** Sur la protection de la solidarité familiale par le Code civil : J.-L. MARAIS, *Histoire du don en France de 1800 à 1939. Dons et legs charitables, pieux et philanthropiques*, PUR, 1999, p. 25 et s.
- 70** L. CHEVALIER, *Classes laborieuses, classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle* [1958], Perrin, coll. « Tempus », 2007 ; L. MURARD et P. ZYLBERMAN, *L'haleine des faubourgs. Ville, habitat et santé au XIX<sup>e</sup> siècle*, Recherches, n° 29, décembre 1977.
- 71** VILLERMÉ, *op. cit.* (n. 67).
- 72** L. 22 mars 1841 interdisant l'emploi des enfants de moins de huit ans dans les manufactures et limitant à douze heures par jour le travail des enfants de huit à douze ans.
- 73** Seront d'abord admises les sociétés de secours mutuel (D. 26 mars 1852), puis les coalitions sous certaines conditions (L. 27 mai 1864), et enfin les syndicats (L. 21 mars 1884). Sur ce processus de reconnaissance : F. SOUBIRAN-PAILLET, *L'invention du syndicat (1791-1884). Itinéraire d'une catégorie juridique*, LGDJ, 1999.
- 74** Les grands textes qui le mettent en place à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle sont la loi de 1898 sur les accidents de travail, celle du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes, la loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite, ainsi que celle du 27 mars 1897 sur la participation de l'État à l'assistance des collectivités locales au profit des vieillards indigents. Sur cette mise en place : F. EWALD, *L'État providence*, Grasset, 1986 ; Sur l'opposition des libéraux à ces législations et le refus de l'obligation de cotiser : B. DUMONS et G. POLLET, *L'État et les retraites. Genèse*

L'essor du capitalisme fit aussi apparaître rapidement que « *les entreprises livrées à elles-mêmes ne pouvaient donner satisfaction aux besoins collectifs qui allaient croissant dans le domaine des transports, de l'hygiène ou de l'usage de l'énergie* »<sup>75</sup>. La puissance publique utilisait la contrainte pour permettre la réalisation des infrastructures nécessaires à ces activités – voies ferrées, canalisations, pylônes, routes, ... Dans les hypothèses où un service était d'intérêt général mais non rentable pour une entreprise privée, l'État le prit de plus en plus souvent en charge directement, par la spécialisation d'une organisation administrative dédiée (service interne, établissement public) ou indirectement, par le procédé de la concession. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie du service public justifiera ainsi par la nécessité de rendre des services d'intérêt général – indispensables à la réalisation de la solidarité sociale<sup>76</sup> –, leur prise en charge par les personnes publiques, leur soumission à des sujétions spéciales et le recours à des prérogatives de puissance publique plus ou moins importantes pour les assurer<sup>77</sup>. Dans le prolongement de cette théorie, celle du *socialisme municipal* justifiera la prise en charge par les collectivités locales de services commerciaux d'intérêt général pour lesquels l'initiative privée est défailante, insuffisante ou inadaptée<sup>78</sup>. Sans sortir des principes libéraux, la

d'une politique, Belin, 1994, p. 27 et s ; sur les oppositions socialistes aux cotisations ouvrières et à la capitalisation : p. 144 et s.

**75** B. CHENOT, *op. cit.* (n. 60), p. 43.

**76** Sur la philosophie de Duguit et de l'école de Bordeaux : J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif », in J. CHEVALLIER (dir.), *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 2, PUF, 1979, p. 15.

**77** Ce sera là l'enjeu d'une jurisprudence complexe distinguant les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs : TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain (dit Bac d'Eloka)*.

**78** Il s'agit d'une jurisprudence d'espèces qui tient compte des circonstances locales et de l'existence de services privés : CE, 29 mars 1901, *Casanova* (annulation de la délibération d'une commune rémunérant un médecin municipal pour soigner gratuitement tous les habitants riches ou pauvres, alors qu'aucune circonstance exceptionnelle n'existait et que deux médecins exerçaient dans la commune) ; CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce de détail de Nevers* (illégalité de l'institution d'un service municipal de ravitaillement. L'arrêt pose la règle selon laquelle « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* ») ; CE, 24 novembre 1933, *Zénard* (admission du maintien d'un service de boucherie municipale créé à Reims pendant la guerre, par des motifs s'éloignant du libéralisme économique : « *considérant que le fonctionnement de la boucherie municipale [...] a simplement permis en ce qui concerne la viande fraîche, une meilleure adaptation des cours de détail aux conditions économiques, et par suite, la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité ; qu'ainsi le maintien de la boucherie municipale [...] était justifié par un intérêt public local [...]* »). À partir de cet arrêt, la jurisprudence admet plus facilement les initiatives relevant du socialisme municipal : service d'hygiène (CE, 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*) ; sociétés de gestion immobilière pour lutter contre la crise du logement (CE, 22 novembre 1935, *Chouard et autres*) ; fabrication de glace alimentaire (CE, 17 février 1956, *Siméon*) ; théâtres municipaux (CE, 12 juin 1959, *Syndicat des exploitants de cinémas de l'Oranie*) ; création d'un camping municipal dans une station balnéaire (CE,



théorie du service public a légitimé une intervention extensive de l'administration dans l'économie, dont la limite progressivement repoussée était l'absence de concurrence faite aux services privés<sup>79</sup>.

Quant au libre jeu du marché, les crises périodiques aux conséquences sociales dévastatrices engendrées par les défaillances de son autorégulation ont contraint l'administration à diversifier ses instruments d'intervention économique. La crise de 1929 et la Seconde Guerre mondiale conduiront ainsi à introduire d'abord de façon empirique, puis de façon systématique sous l'influence des idées de Keynes, une riche palette de techniques d'intervention, conçues comme des programmes d'action, traduisant une profonde transformation des rapports entre l'État et l'économie, qui est de moins « *considérée comme un donné* », qu'envisagée comme « *un construit* »<sup>80</sup>, qu'il revient à l'État, converti en *État propulsif*<sup>81</sup> de façonner<sup>82</sup>, – au besoin en en nationalisant certains secteurs – et de réguler, pour assurer la prospérité générale et la justice sociale. Cette stratégie interventionniste a été au principe de la construction européenne, dont les premiers traités visaient à constituer des marchés communs, à développer des industries et une agriculture puissantes en faisant jouer le principe de la préférence communautaire, mais aussi à bâtir une Europe sociale<sup>83</sup>. Correspondant aux trente glorieuses et reposant sur le *compromis fordiste*<sup>84</sup>, ce modèle d'interventionnisme plus ou

17 avril 1964, *Commune de Merville-Franceville*) ; ouverture d'un cabinet dentaire municipal (CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*).

**79** Le service public est une notion attractive : ainsi lorsque l'activité commerciale est un complément normal du service autorisé (CE, 27 février 1942, *Mollet*), le Conseil d'État a pu admettre sa prise en charge publique ; les collectivités pouvaient aussi satisfaire elles-mêmes leurs besoins en services et fournitures sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (cas du pain fourni par une boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires : CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*).

**80** P. ROSANVALLON, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990, p. 250.

**81** Terme que P. LEROY-BEAULIEU attribue à un préfet qui lui expliquait ce que la foule attendait l'intervention de l'État : « *il ne suffit pas qu'il soit le gouvernail*, explique LEROY-BEAULIEU, *on veut encore qu'il devienne l'hélice* » (*op. cit.* [n. 59], p. 17).

**82** C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999, p. 71.

**83** Traité de Rome, art. 117. Cette dualité des logiques européennes explique l'ambivalence du PS à son égard : Y. POIRMEUR, « Le parti socialiste entre la France et l'Europe », in G. SOULIER (dir.), *Sur l'Europe à l'aube des années 80*, PUF, 1980, p. 160 et s.

**84** Il établit un mode particulier de régulation du marché du travail. Il reposait sur des « *marchés d'emplois* » internes aux entreprises, conçus en termes de promotion et de progression des rémunérations (carrières), qui assuraient une certaine sécurité. La contrepartie était l'acceptation par le salarié des exigences de l'organisation spécifique du travail dans l'entreprise. Le salarié était ainsi relativement protégé des fluctuations du marché général de l'emploi, par les marchés internes des entreprises qui contribuaient ainsi à une « *dé-marchandisation* » du travail, qui n'est pas alors conçu comme une marchandise ordinaire. Par ailleurs, comme l'explique J. GAUTIÉ, (« *Marché du travail et protection sociale : quelles voies pour l'après-fordisme ?* », *Esprit*, n° 11, 2003, p. 84), ces marchés déconnectaient largement la fixation des salaires (reposant sur les grilles des conventions collectives), si bien que « l'entreprise ne rémunérait pas des productivités marginales individuelles (comme dans la

moins poussé selon les pays – dans les pays occidentaux il existe trois *mondes de l'État providence*<sup>85</sup> dont la sensibilité n'est pas la même aux processus de libéralisation – a été remis en cause par la crise de 1974 qui en a montré les limites. Les thèses des économistes néolibéraux, qui, dans le sillage de F. A. Hayek<sup>86</sup>, préconisent de rétablir une séparation stricte de l'économie et du politique et d'abandonner aux marchés une large part de leurs prérogatives en matière de régulation et de redistribution ont connu alors un succès politique important, en inspirant les politiques restreignant le rôle et le périmètre d'intervention de l'État.

### ***C. L'axiologie néolibérale : séparation des sphères économiques et politiques et privatisation du droit***

Si, comme les libéraux, les néolibéraux sont convaincus que l'ordre spontané du marché est le plus efficace pour produire des richesses et le plus favorable pour tous, la plupart d'entre eux ne militent pas pour un « *État minimal* »<sup>87</sup> et s'inscrivent plutôt dans la perspective ordolibérale dans laquelle l'État intervient pour instituer une société ajustée aux exigences du

théorie micro-économique) mais payait le droit d'utiliser une fraction de la force de travail collective en fonction d'un barème socialement négocié ». Dans cette perspective, la logique contractuelle, purement marchande et individualiste (principe du libre engagement entre deux parties libres et égales) est corrigée par une dimension statutaire (réglementation consacrant les droits des travailleurs faisant du travail une marchandise spécifique), le travailleur étant considéré en tant que membre d'une collectivité de travail (entreprise). Sur cette distinction des logiques contractuelles (individualistes) et statutaires (holistes) en droit du travail : A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, chapitre 1.

**85** G. ESPING-ANDERSEN, *Les Trois Mondes de l'État providence*, PUF, 2007. Il y a, dans les pays occidentaux, trois grandes familles de dispositifs le régime social-démocrate des pays scandinaves qui cherche à obtenir l'égalité des citoyens au moyen de politiques universelles et de services sociaux gratuits), le régime libéral des pays anglo-saxons (qui assure seulement la couverture sociale des plus pauvres par des politiques sociales ciblées), et le régime conservateur-corporatiste de pays d'Europe continentale (qui vise à maintenir le revenu des travailleurs par des cotisations sociales).

**86** F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 3, *L'ordre politique d'un peuple libre*, PUF, coll. « Quadrige », 1995, p. 49 et s.

**87** R. NOZICK évoque un « *État ultra-minimal* » qui « *maintient un monopole sur toute utilisation de force, excepté celle qui est nécessaire dans une autodéfense immédiate, excluant ainsi les représailles personnelles (ou par agence interposée) et les exigences de compensation pour des torts accomplis ; mais il fournit des services de protection et de respect des droits seulement à ceux qui les achètent ses polices de protection et de défense. Les gens qui n'achètent pas de contrat de protection au monopole n'obtiennent aucune protection. L'État minimal (veilleur de nuit) est l'équivalent de l'État ultra-minimal auquel est adjoint un plan de garantie à la Friedman (plan impliquant une redistribution évidente), financé grâce aux recettes fiscales. Selon ce plan, tous les gens ou certains (par exemple les personnes dans le besoin) reçoivent des bons financés par l'impôt qui ne peuvent être utilisés que pour acheter à l'État ultra-minimal, une police de protection* » (*Anarchie, État et Utopie*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 46-47).



libre marché<sup>88</sup>. F. A. Hayek juge ainsi « *hors de doute que dans une société évoluée le gouvernement doit se servir de son pouvoir fiscal pour assurer un certain nombre de services qui, pour un certain nombre de raisons, ne peuvent être fournis, du moins adéquatement, par le marché* »<sup>89</sup>. À côté des activités de contrainte – sanction des règles de juste conduite, défense, perception des impôts pour les financer – il évoque, sans en dresser la liste, un « *vaste champ de ces activités parfaitement légitimes que le gouvernement peut assurer en tant qu'administrateur de ressources communes* »<sup>90</sup>. Il en va ainsi pour les biens collectifs ou publics. Mais, les tâches de contrainte de l'État – maintien de la loi et défense – doivent être « *nettement séparées de ses fonctions de services* » dans l'exercice desquelles la même autorité ne saurait lui être conférée. Lorsque ces biens ou services « *peuvent être produits au mieux par le mécanisme spontané du marché* », « *il reste préférable de n'employer la méthode contraignante de la décision centralisée qu'en ce qui concerne les fonds à réunir ; mais ensuite dans toute la mesure du possible, laisser aux forces du marché l'organisation de la production de ces services et l'attribution des moyens disponibles parmi les divers producteurs* »<sup>91</sup>. Quant aux « *tentatives pour 'corriger' l'ordre du marché* », elles « *conduisent à sa destruction* »<sup>92</sup>. Les « *droits créances* », économiques et sociaux, sont incompatibles avec « *l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils traditionnels* ». Ce sont de « *dangereuses illusions* » contre-productives, car « *la jouissance de tous ces bienfaits – dont nous souhaitons que profite le plus grand nombre de nos semblables – a pour condition que chacun de ces derniers puisse employer ce qu'il sait le mieux dans son activité productrice. Si nous dési-*

**88** Tenu à la veille de la Seconde Guerre mondiale le colloque Walter LIPPMANN a été le grand moment de formulation des idées néolibérales en opposition aux politiques keynésiennes inventées pour traiter la crise de 1929. Comme l'explique M. FOUCAULT (*Naissance de la biopolitique*, Hautes Etudes - Gallimard - Seuil, 2004, p. 165-166), l'ordolibéralisme prolonge le travail de construction politique du marché, inavoué mais bien réel (comme on l'a montré supra), réalisé par les politiques libérales classiques, par un interventionnisme social, une « *politique de la société* », qui « *n'a pas pour fonction d'être comme un mécanisme compensatoire destiné à éponger ou annuler les effets destructeurs que pourrait avoir sur la société, sur le tissu, la trame social, la liberté économique. En fait, s'il y a interventionnisme social permanent et multiforme, ce n'est pas contre l'économie de marché ou à contre courant de l'économie de marché, mais c'est au contraire à titre de condition historique et sociale de possibilité pour une économie de marché, au titre de condition pour que joue le mécanisme formel de la concurrence, pour que, par conséquent, la régulation que le marché concurrentiel doit assurer puisse se faire correctement et ne se produisent pas les effets négatifs qui seraient dus à l'absence de la concurrence* » ; Sur la portée du colloque W. Lippmann dans la « *réinvention du libéralisme* » (P. DARDOT et C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, 2010, p. 158 et s.).

**89** F. A. HAYEK, *op. cit.* (n. 86), p. 49.

**90** *Ibid.*, p. 50. HAYEK souligne que s'il a le droit de recourir à la contrainte pour obtenir les moyens de fournir des services non commercialisables, « *cela n'implique pas qu'il ait un droit de contrainte en tant que fournisseur ou organisateur de ces services* ».

**91** *Ibid.*, p. 55.

**92** F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF, coll. « Quadrige », 1995, p. 172.

rons que chacun vive à l'aide, le moyen d'approcher le plus possible de cet objectif est, non pas d'ordonner par une loi qu'il en soit ainsi, ni de donner à tous une créance légale sur ce que nous pensons que chacun doit avoir, mais de fournir à chacun des incitations à faire son maximum pour servir les autres »<sup>93</sup>. Le cantonnement de l'intervention de l'État et de l'usage de la contrainte va de pair avec l'extension du droit privé, « qui permet aux individus de poursuivre leurs objectifs personnels et ne vise qu'à limiter le champ d'action licite aux individus de telle façon que le résultat ultime sera favorable à l'intérêt général »<sup>94</sup>. L'État est avant tout le gardien du droit privé<sup>95</sup>. La condamnation des droits créances se double de celle des droits acquis « le seul principe juste » étant « de ne concéder à personne un privilège de sécurité »<sup>96</sup>. L'application de ce principe suppose évidemment l'abandon du compromis fordiste par une « re-marchandisation » du travail, la dérégulation de son marché<sup>97</sup>, et le démantèlement des systèmes de protection sociale assurant trop de sécurité<sup>98</sup>. Dans cette perspective, la protection des droits fondamentaux est obtenue par la soumission d'un ensemble de biens et de services – les ressources communes – à des régimes juridiques spéciaux, consistant à en réglementer l'usage, à en financer par l'impôt la fourniture pour ceux qui n'ont pas les moyens d'en payer le prix – service minimum, accès de base – et, à défaut de pouvoir le faire produire par le marché, d'autoriser l'État à le faire. Ce n'est, en tout

**93** *Ibid.*, p. 127. Ce sont les droits sociaux, économiques et culturels inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui sont pris ici pour cible (p. 124-125). La critique est axée, notamment, sur la question de savoir à l'égard de qui « tout un chacun » pourra faire valoir son droit à « de justes et favorables conditions de travail » (art. 23. 1) et à « un juste et favorable emploi » (art. 23. 3)... Pour Hayek, « les règles de juste conduite qui s'appliquent uniformément à tous mais ne soumettent personne aux ordres d'un supérieur ne peuvent jamais déterminer à l'avance de quels biens disposera telle ou telle personne. Ces règles ne peuvent jamais prendre la forme que voici : 'Tout le monde doit avoir ceci et cela'. Dans une société libre, ce qu'obtiendra l'individu dépendra forcément en quelque mesure de circonstances particulières que personne ne peut prévoir et que personne n'a le pouvoir de déterminer. Des règles de juste conduite ne peuvent jamais conférer à titre personnel [...] un droit à tel ou tel bien ; elles ne peuvent procurer que des possibilités d'acquiescer un titre à quelque chose » (p. 125).

**94** F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, t. 1, *Règles et ordre*, PUF, coll. « Quadrige », 1995, p. 160.

**95** P. DARDOT et C. LAVAL, *op. cit.* (n. 88), p. 242 et s.

**96** F. A. HAYEK, *op. cit.* (n. 92), t. 2, p. 171. L'auteur attaque « la justice sociale » qui « en pratique », « est devenue le cri de ralliement pour tous les groupes dont le statut tend à décroître – pour l'agriculteur, l'artisan, le mineur, le petit commerçant, l'employé de bureau et une part considérable des anciennes classes moyennes – plutôt que pour les ouvriers d'industrie en faveur desquelles elle a d'abord été réclamée mais qui ont en général été les bénéficiaires des récentes évolutions » (p. 170). « [...] C'est ainsi que l'idée de justice sociale a pris la forme d'une garantie gouvernementale de revenus convenables en faveur de groupes particuliers, avantage qui a inévitablement provoqué l'apparition d'autres groupes d'intérêts semblables » (p. 171).

**97** Sur la flexibilisation du marché du travail en France : J. GAUTIER, art. cit. (n. 84), p. 85 et s.

**98** De nouveaux compromis entre flexibilité et sécurité ont été préconisés : A. GIDDENS, *La troisième voie*, Le Seuil, 2001. Les politiques publiques qui s'en inspirent visent désormais à « activer l'emploi » : G. SCHMIDT, « L'activation des politiques de l'emploi : combiner la flexibilité et la sécurité dans les marchés du travail transitionnels », in J. Ph. TOUFFUT (dir.), *Institutions et croissance*, A. Michel, 2001.

état de cause, que par la définition<sup>99</sup> et la fixation exhaustive de la liste des ressources collectives, des biens publics<sup>100</sup> et des biens et services individualisables consubstantiels de l'exercice des droits fondamentaux et la fixation de leurs régimes particuliers que le mécanisme de la protection néolibérale des droits fondamentaux auxquels ils correspondent peut se révéler efficace. Et comme certains de ces biens sont des ressources rares, il apparaît clairement qu'un régime juridique mondial de leur utilisation et de leur appropriation est à tout le moins nécessaire pour qu'il puisse en constituer une garantie pertinente.

Ce référentiel néolibéral de *désengagement et de cantonnement de l'État* qui s'est imposé en Grande-Bretagne à la fin des années 1970 et aux États-Unis au début des années 1980, a été promu par le « *fanatisme du marché* »<sup>101</sup> du FMI, est devenu dominant en Europe à la faveur de la chute du communisme et de l'adhésion à l'Union européenne de pays beaucoup moins riches, bien vite convertis à la religion extrémiste d'un marché anarcho-libéral plutôt qu'au modèle européen de l'économie sociale de marché<sup>102</sup>, emprunté à l'ordolibéralisme allemand<sup>103</sup>. Illustrant parfaitement le modèle institutionnel du « *pouvoir contenu* », de « *la politique détrônée* »<sup>104</sup> et de la « *démocratie limitée* » idéalisé par Hayek, l'Union européenne qui n'est pas un État, qui exerce à l'issue de transferts de souveraineté successifs, la plupart des compétences de régulation et de supervision économiques, et dont la gouvernance est très peu démocratique, a facilement bifurqué sur le chemin néolibéral. Avec le consentement des États et le concours de la Cour de justice de l'Union européenne (F. Riem), la plupart des politiques publiques

<sup>99</sup> J.-M. HARRIBEY, « Le bien commun est une construction sociale. Apports et limites d'EliorOs-trom », *L'Économie politique*, n° 49, janvier 2011, p. 98 et s.

<sup>100</sup> Lors du cycle de négociation sur l'agriculture de l'OMC, bon nombre d'ONG avaient suggéré de faire de l'agriculture un cas particulier et de considérer la sécurité alimentaire comme un bien public : J. ZIEGLER, *Le droit à l'alimentation*, Mille et une nuits, 2012, p. 105 et s.

<sup>101</sup> J. E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, 2002, p. 109. Le *consensus de Washington* (on doit l'expression à J. WILLIAMSON, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington DC, Institute for International Economics, 1990) qui désigne l'accord entre les experts des institutions financières FMI, Banque Mondiale et la conception partagée par de nombreux économistes sur les remèdes à apporter aux crises financières, serait caractérisé par des interventions visant à rapprocher les marchés d'une concurrence parfaite en éliminant les comportements les plus contraires à leur équilibre. Cette conception est dénoncée par J. Stiglitz comme ayant été à l'origine d'échecs fondamentaux. Sur son histoire intellectuelle, le « *fabuleux marché savant* » qu'il constitue et la façon dont il s'est imposé, notamment médiatiquement : Y. DEZALAY et B. GARTH, « Le 'Washington consensus'. Contribution à une sociologie de l'hégémonie du néolibéralisme », *ARSS*, n° 121-122, 1998, p. 3 et s.

<sup>102</sup> Article 3 du Traité de l'Union européenne.

<sup>103</sup> Sur ses différentes facettes doctrinales : P. COMMUN (dir.), *L'ordo-libéralisme allemand. Aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC/CICC, Université de Cergy-Pontoise, 2003.

<sup>104</sup> F. A. HAYEK, *op. cit.* (n. 86), t. 3, p. 153 et s. Le statut de la Banque centrale européenne est à cet égard topique.

européennes, ont ainsi « *méthodiquement* »<sup>105</sup> défait l'héritage social de l'État providence<sup>106</sup> et reconfiguré le périmètre et les instruments de l'interventionnisme économique en les soumettant au droit de la concurrence<sup>107</sup> et fait prévaloir les libertés économiques (droit d'établissement, liberté de circulation) sur les droits sociaux envisagées comme autant d'entraves à leur exercice<sup>108</sup>. À cet égard, après que les juridictions étatiques, les derniers feux de leur nationalisme juridique éteints, aient renoncé à leur résistances d'arrière-garde<sup>109</sup>, les mécanismes de l'État de droit se sont révélés d'excellents vecteurs de l'implantation de la normativité néolibérale européenne dans l'ordre juridique interne des États membres. C'est ainsi par la promotion du concept de service d'intérêt économique général ou de service universel que l'Union européenne a diffusé cette conception dans le droit interne de ses États membres et provoqué la recomposition de leurs services publics<sup>110</sup>. Pour le reste, la spectaculaire « *extension de la régulation privée* »<sup>111</sup> emblématique de la *postmodernité juridique*<sup>112</sup>, encouragée par le droit européen<sup>113</sup>, substituant la contractualisation à la réglementation et contractualisant de

**105** A. SUPIOT, *op. cit.* (n. 15), p. 31.

**106** Sans surprise, ce sont les modèles de protection sociale des États providence les plus ancrés dans l'industrialisme (modèle continental) qui, comme le souligne B. PALIER, rencontrent les plus grandes difficultés : B. PALIER, « Présentation », in G. ESPING-ANDERSEN, *Trois leçons sur l'État-providence*, Seuil, 2008, p. 8.

**107** Sur la reconfiguration de l'administration selon ce modèle : Y. POIRMEUR, « L'État régulateur en France », in H. BEN SALAH et A. AOUIJMRAD (dir.), *La régulation. Actes du colloque des 5 et 6 mars 2010*, Publications de l'Association tunisienne de droit administratif et de la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2011, p. 7 et s.

**108** On doit cependant relever que les politiques agricoles européennes ou américaines continuent à soutenir leurs agricultures par des politiques de subvention : 40 % du revenu agricole en Europe et 25 % aux États-Unis (A. BERNARD) : « Sur les instruments de la politique agricole européenne (aides de toutes sortes, primes, quotas, subventions) et ses défauts (les excédents coûteux) », in L.-P. MAHÉ et F. ORTALO-MAGNÉ, *Politique agricole. Un modèle européen*, Presses de Sciences Po, 2001.

**109** Le Conseil d'État a abandonné tardivement sa résistance au droit communautaire par une série d'arrêtés de principe : CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* ; CE, 3 février 1989, *Alitalia* ; CE, 30 octobre 1999, *Perreux*. Sur ces décisions : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *La justice politique en mutation*, LGDJ, 2010, p. 119-120.

**110** J. CHAPPEZ, Y. LAIDIE et G. SIMON, « Mondialisation et services publics », in E. LOQUIN et C. KESSÉDJIAN (dir.), *op. cit.* (n. 24), p. 530 et s.

**111** J. CHEVALLIER, « Contractualisation et régulation », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 88 et s.

**112** J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? La transformation de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 678.

**113** L'article 3 du règlement CE du 17 juin 2008 (n° 593/2008) sur la loi applicable aux obligations contractuelle, donne aux parties à un contrat international la possibilité de choisir la loi applicable ; L'article 23 du règlement CE du 22 décembre 2000 (n° 44/2001) concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, leur accorde la liberté de choix du for.

plus en plus la justice<sup>114</sup>, a reconstitué, pour reprendre les termes de l'éclairante distinction suggérée par F. Collart Dutilleul le « *capital de prérogatives* » des « *droits fondamentaux à compatibilité positive* » érodé par l'interventionnisme extensif de l'État providence pour donner aux « *droits fondamentaux à compatibilité négative* » une réelle portée juridique. Il est certes concevable que la régulation privée et les *sources de tiers ordre*<sup>115</sup> promeuvent le respect de certains droits fondamentaux à portée négative. Rien n'exclut que les entreprises, devenues miraculeusement vertueuses, s'interdisent, par des codes de bonne conduite sanctionnés par leurs organisations professionnelles, par la standardisation des clauses contractuelles (contrats-types), ou encore par le respect de la jurisprudence arbitrale, certaines pratiques qui en favorisent les violations. On peut toutefois être sceptique sur l'efficacité de ces mécanismes d'*autorégulation de la société civile* qui se sont montrés complètement défaillants dans la prévention de la récente crise financière, en laissant le champ libre à la réalisation des montages financiers les plus fous<sup>116</sup>.

Par touches successives, avec une accélération depuis la chute du mur de Berlin, le « *repositionnement des États* »<sup>117</sup>, qui laissant circuler les flux transnationaux et reconfigurant leurs principes d'intervention – dérégulation, libre échange, libéralisation financière... – induits par l'adoption du référentiel néolibéral, a permis la constitution de nouveaux espaces économiques mondiaux, qu'ils n'ont pas d'instruments pertinents pour réguler puisqu'ils dépassent leurs ressorts respectifs et que les agents économiques transnationaux peuvent franchir à leur gré leurs frontières et arbitrer, en fonction de leurs intérêts, pour le système juridique étatique qui leur est le plus favorable. La régulation de ces espaces « *dans lesquels les acteurs économiques peuvent agir sans être entravés par les décisions politiques* »<sup>118</sup> relève d'un

**114** Sur les modes alternatifs de règlement des conflits : L. CADIET, « Le modes alternatifs de règlement des conflits et le droit », in P. CHEVALIER, Y. DESDEVICES et Ph. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La Documentation française, 2003, p. 255 et s ; sur les conventions relatives aux solutions des litiges : L. CADIET, « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », in B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 313 et s.

**115** D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 2007, p. 9 : il s'agit de normes qui naîtraient de l'effort concerté des agents économiques, et plus spécifiquement des entreprises multinationales.

**116** Le fonctionnement spécifique des marchés financiers les prédispose tout particulièrement aux crises en raison de ce que l'offre et la demande ne permettent pas d'ajuster les prix efficacement, car les actifs financiers sont eux-mêmes des éléments de valorisation de la richesse. Sur ce fonctionnement spécifique : M. AGLIETTA, *La crise. Pourquoi en est-on arrivé là ? Comment en sortir ?*, Michalon, 2008, p. 12-13. Le développement de la titrisation, et l'impossibilité de mesurer les valeurs réelles (tout en croyant le faire, comme les agences de notation), donc de mesurer la réalité des risques a été un facteur central de cette crise, dont les États ont du reprendre le fardeau. Également : F. LORDON, *Jusqu'à quand ? Pour en finir avec les crises financières*, Raisons d'Agir Éditions, 2008.

**117** S. SASSEN, *La globalisation. Une sociologie*, Gallimard, 2007, p. 41.

**118** A. SALMON, *Les nouveaux empires. Fin de la démocratie ?*, CNRS-Éditions, 2011, p. 22.

ordre institutionnel international complexe où les autorités privées jouent un rôle prépondérant<sup>119</sup>, et où les régulateurs publics sont convertis à la religion du marché<sup>120</sup>. Ce sont ainsi, « *au-delà des marchés financiers, de multiples domaines comme l'environnement, la santé, l'information, l'emploi, voire la sécurité intérieure [...] qui échappent progressivement aux gouvernements et aux parlements nationaux pour être intégrée dans un réseau d'accords et de régimes internationaux* »<sup>121</sup>. Comme le souligne H. Muir Watt, le droit international privé a apporté une contribution décisive à la construction néolibérale de ces espaces en favorisant « *une inversion des relations traditionnelles entre l'autorité de l'État et l'autonomie des acteurs privés* »<sup>122</sup>. La globalisation économique reposant sur l'universalisation des libertés économiques notamment à travers la revendication de l'application d'une *lex mercatoria*, expression des intérêts des opérateurs économiques – et parmi eux des acteurs dominants<sup>123</sup>, mais pas sur celle des droits de l'homme, dans un monde où la démocratie libérale est bien loin d'avoir triomphé, se révèle extrêmement corrosive pour les droits à compatibilité négative – au premier rang desquels les droits sociaux – dans les pays où ils étaient le mieux garantis par les dispositifs de l'État providence. Leur érosion risque fort d'y être continue et profonde<sup>124</sup>, tant que les

**119** Le développement de l'arbitrage commercial international en est l'une des expressions : Y. DEZALAY et B. G. GARTH, « Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes », *Law & Society Review*, 29 (1), 1995, p. 27-64.

**120** Sur le cas de l'OMC créée par les accords de Marrakech (15 avril 1994) : M. RAINELLI, « L'OMC : vers une régulation de la mondialisation marchande ? », in J. LAROCHE (dir.), *Mondialisation et gouvernance mondiale*, PUF, 2003, p. 57 et s. Cette organisation est d'autant plus importante qu'elle est assortie d'un Organe de règlement des différends qui dispose d'une capacité de sanctionner les États et les entreprises. Sur son idéologie : R.-M. JENNAR et L. KALAFATIDES, *L'AGCS. Quand les États abdiquent face aux multinationales*, Raisons d'Agir Éditions, 2007, p. 34 et s.

**121** M. DELMAS-MARTY, « Préface », in W. BOURDON, *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, La Découverte, 2010, p. 6 ; sur le cas de la sécurité : C. MAGNON-PUJO, « La souveraineté est-elle privatisable ? La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, n° 95, 2011, p. 129-153.

**122** H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 106.

**123** Comme l'a montré N. FLIGSTEIN dans le cas des États-Unis, les règlements encadrant le marché sont déjà dans le cadre national, le reflet des intérêts des forces de la société les plus organisées. Les grandes firmes s'efforcent d'imposer, en formant des coalitions, à leurs concurrents et à l'État la conception spécifique du marché qui les avantage. Les marchés sont ainsi des institutions coproduites par des acteurs privés et publics : N. FLIGSTEIN, *The Transformation of Corporate Control*, Cambridge, Harvard University Press, 1990 et « Le mythe du marché », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 139, 2001, p. 3-12. Également : P. FRANÇOIS (dir.), *Vie et mort des institutions marchandes*, Presses de sciences-Po, 2011.

**124** Elle a un caractère paradoxal, car elle s'accompagne de la consécration de nouveaux droits sociaux qui sont le double de la dégradation de la situation : ainsi, le droit au logement opposable n'aurait évidemment aucun sens sans la dégradation continue de la situation économique qui jette de plus en plus d'individus et de familles dans la précarité.



avantages compétitifs des pays émergents ne se seront pas traduits sinon par la reconnaissance de droits sociaux équivalents, du moins par une sensible réduction des écarts de niveaux de vie. C'est un second désordre, redoublant celui des axiologies qui affecte la protection des droits fondamentaux : celui de l'articulation, dans la mondialisation<sup>125</sup>, des ordres institutionnels auxquels revient de les faire respecter.

## II. ENQUÊTE SUR LE DÉSORDRE DES MÉCANISMES DE PROTECTION

Dans un monde d'États souverains, la protection des droits et des libertés fondamentales était classiquement du seul ressort étatique<sup>126</sup>. Parfois proclamés dans une déclaration nationale, quelquefois inscrits dans la Constitution, le plus souvent prévus par de simples lois, leur juridicité a longtemps été tributaire, lorsque n'existaient pas de juridictions internes capables d'en sanctionner la violation par les pouvoirs constitués, de la seule volonté du législateur et de l'exécutif de les respecter dans leurs décisions et leurs activités<sup>127</sup>. En tout état de cause, aucune autorité supérieure ne pouvait

**125** J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005.

**126** Les autres États ne peuvent normalement intervenir en raison du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État (Pacte de la SDN, art. 15, § 8 ; Charte des Nations Unies, art. 2 § 7) qui en fait « *des affaires réservées* ».

**127** Ainsi, en France, où le principe de la souveraineté nationale a, depuis la Révolution, été jugé incompatible avec l'institution d'une Cour constitutionnelle, il revenait au législateur de les définir et d'en fixer les conditions d'exercice sans être soumis au moindre contrôle : il pouvait donc librement en limiter la portée, voire purement et simplement les anéantir. Ce n'est qu'avec la Constitution de 1958, qui en pose timidement les bases (Une constitution garantissant des droits substantiels (en l'espèce il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la référence aux principes fondamentaux contenus dans les lois de la République et des principes particulièrement nécessaires à notre temps figurant dans le préambule de la Constitution de 1946 auquel celui de la Constitution de 1958 renvoie) et existence d'un organe de contrôle) qu'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois a pu progressivement s'établir. Sur la contribution de la doctrine constitutionnelle à sa construction : Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in D. LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 230 et s. Le Conseil constitutionnel s'est progressivement rapproché du modèle des Cours constitutionnelles. Si ses compétences ont été récemment étendues, notamment par le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité qui parachève l'État de droit, sa mutation juridictionnelle n'est pas achevée, en raison, notamment, de sa composition : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *op. cit.* (n. 109), p. 76-78 ; De la même manière et pour les mêmes raisons, est-ce très tardivement, sous la III<sup>e</sup> République, en 1871, que le Conseil d'État a reçu la justice déléguée pour traiter le contentieux des actes et de la responsabilité administrative (L. 24 mai 1872). À défaut de loi applicable, il a entrepris, en invoquant, de façon prétorienne des principes généraux du droit, d'imposer peu à peu aux autorités administratives, le respect de nombreux droits et libertés.

contraindre les États à respecter les droits fondamentaux, ce que seules les États démocratiques faisaient en s'autolimitant. Sur ce point, une mutation majeure de la société internationale a commencé au XX<sup>e</sup> siècle, entraînant « *une humanisation du droit international* » qui intègre l'individu dans son champ en tant que destinataire de droits de l'homme et une internationalisation de la protection de ces droits<sup>128</sup>. Ce phénomène se manifeste d'abord, sur le plan des sources, par la multiplication des conventions internationales qui consacrent ces droits aux niveaux mondial<sup>129</sup> et régionaux<sup>130</sup> ou font de leur respect une clause de conditionnalité dans des accords de coopération<sup>131</sup>. À ces conventions par lesquelles les États s'engagent librement à respecter des droits fondamentaux, s'ajoutent les obligations du *jus cogens* auxquelles ils ne sauraient déroger<sup>132</sup>, qui s'imposent à eux sans que leur consentement soit nécessaire, dont la Cour internationale de justice sanctionne la violation dans les litiges que les États que lui soumettent les États (M. Á. Martin Lopez). Certaines d'entre elles sont des obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble, car « *tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt à ce que ces droits soient protégés* » : de telles « *obligations erga omnes* » résultent « *de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocides, mais aussi des principes et des règles concernant les droits*

**128** Sur ces phénomènes : O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004.

**129** Trois branches du droit international ont été considérablement enrichies : le droit humanitaire protégeant les combattants défaits, les non-combattants (Convention de La Haye, 1899 et 1907), et les victimes de guerre (Conventions de Genève, 1949). Après la Seconde Guerre mondiale, une Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) est adoptée sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies constituée pour empêcher que ne se reproduisent les carnages des deux conflits mondiaux. Ces droits sont protégés par six Conventions de base des Nations Unies. Il s'agit de deux Pactes relatifs aux droits de l'homme (1966), deux Conventions sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciale et à l'égard des femmes, une convention contre la torture et une convention sur les droits de l'enfant. De nouvelles atteintes à l'ordre public international ont été pénalisées.

**130** Au niveau régional, en Europe occidentale, les États qui avaient été à l'épicentre de la Seconde Guerre mondiale décidèrent (Traité de Londres, 5 mai 1949) de constituer une organisation internationale – le Conseil de l'Europe – en vue de sauvegarder les droits de l'homme et les libertés fondamentales, qui a élaboré la Convention européenne des droits de l'homme (4 novembre 1950), qui a été complétée par d'importants protocoles. Selon les mêmes principes, des conventions régionales de sauvegarde des droits de l'homme ont été mises en œuvre en Amérique latine (1969) et en Afrique (1998). Enfin, l'Union européenne s'est elle aussi dotée d'une Charte des droits fondamentaux.

**131** Ces clauses sont admises par la CJCE : CJCE, 3 décembre 1996, *Portugal c/ Conseil* (aff. C-268/94, *Rec. I-6177*).

**132** Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur la codification du droit des traités, art. 53 : « *Est nul tout traité, qui au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme du droit impératif général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère* ».



*fondamentaux de la personne humaine* »<sup>133</sup>. Il se traduit également par la création d'organes habilités à en sanctionner la violation non seulement par les États, mais aussi par les individus. Il incombe ainsi à un organe politique, le Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, « *en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression* »<sup>134</sup> de prendre des sanctions. Dans ce cadre, il lui revient de prévenir ou d'arrêter les violations massives des droits de l'homme prenant le caractère de crimes de guerre, de génocide, de crimes contre l'humanité, de torture, d'esclavage et plus largement de traitements cruels, inhumains et dégradants. Confronté depuis la fin de la Guerre Froide à des guerres civiles, il a élargi sa conception des opérations de maintien de la paix en les associant à des opérations humanitaires et à des dispositifs de lutte contre l'impunité<sup>135</sup>. Un droit de l'assistance humanitaire a commencé à être forgé<sup>136</sup>, qui, dans le respect de la souveraineté de l'État – c'est-à-dire avec son consentement –, permet, d'apporter une aide – nourriture, médicaments, soins médicaux – aux victimes de situations d'urgence, s'il est défaillant<sup>137</sup>. Alors que les sanctions prises par le Conseil de Sécurité concernaient seulement les États, elles visent désormais également les individus dont les activités, politiques, économiques ou financières, menacent la paix et la sécurité, notamment pour lutter contre le terrorisme (L. Dumoulin). Rendue possible par l'effondrement du communisme et le recul des conflits idéologiques Est/Ouest, la mondialisation de la protection des droits de l'homme s'est traduite par la création d'une justice pénale internationale indispensable au fondement d'un État de droit universel et à la sauvegarde de l'ordre juridique international<sup>138</sup>. Après avoir pris la forme de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, créés par le Conseil de Sécurité<sup>139</sup> pour juger les violations du droit international humanitaire en Yougoslavie

**133** CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*. On notera que le TPIY a retenu l'interdiction de la torture comme « *une norme impérative ou jus cogens* » dans l'arrêt du 10 décembre 1998, *Furundzija*, § 144 et s.

**134** Charte des Nations Unies, art. 5.

**135** Sur la sophistication de ces systèmes de sanctions dans les conflits intra-étatiques récents : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *op. cit.* (n. 109), p. 189-190.

**136** La CIJ y a contribué par son arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* en affirmant que « *la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays [...] ne saurait être considérée comme une activité illicite* » (§ 242).

**137** Trois résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies en posent les bases : la résolution 43/131 du 8 décembre 1988 sur « *l'assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre* » ; la résolution 45/100 du 14 décembre 1990 sur les « *couloirs d'urgence humanitaire* » et la résolution 46/182 du 19 décembre 1991 sur le « *renforcement de la coordination de l'aide d'urgence de l'ONU* ».

**138** Sa première manifestation a été les tribunaux militaires *ad hoc* de Nuremberg (1945) et de Tokyo (1946), pour juger les crimes internationaux graves commis par les dirigeants allemands et japonais pendant la Seconde Guerre mondiale.

**139** Charte des Nations Unies, art. 41.

(TPIY, 1993) et le génocide au Rwanda (TPIR, 1994), elle a récemment pris la forme ambitieuse (Convention de Rome, 1998) d'une juridiction permanente, la Cour pénale internationale, habilitée, lorsque les États n'exercent pas leur compétence universelle pour en connaître, à juger les auteurs de certains crimes internationaux bénéficiant d'une impunité dans leurs pays<sup>140</sup>. Par ailleurs, au niveau régional, trois Cours ont été instituées – la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme – pour sanctionner les violations par les États qui y sont parties des droits que les conventions régionales de sauvegarde des droits de l'homme garantissent. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne permet à la Cour de justice de l'Union européenne – qui le faisait d'ailleurs antérieurement en invoquant des principes généraux du droit communautaire –, de contrôler la validité de dispositions du droit européen où de mesures prises dans son champ d'application en vérifiant qu'elles n'y portent pas atteinte (L. Dumoulin). Si cette évolution procure aux droits fondamentaux tout à la fois des supports juridiques qui leur confèrent, en principe, une valeur juridique supérieure dans la hiérarchie des normes et des juridictions nombreuses, tant nationales qu'internationales, pour en sanctionner les violations, cette amélioration considérable du système de protection comporte trois limites d'importance. La première tient à ce que les droits fondamentaux n'ont pas la même justiciabilité, selon qu'il s'agit de droits civils et politiques, relevant de la première génération des droits de l'homme, ou des droits sociaux, appartenant à seconde (A) ; la seconde, résulte de la discontinuité des ordres juridiques qui a pour conséquence que les droits sont à effectivité variable (B) ; enfin, la troisième, structurelle, provient de la nécessité d'arbitrer entre les droits fondamentaux lorsqu'ils se contrarient, avec pour conséquence qu'ils sont de portée variable et que l'arbitrage est le plus souvent défavorable aux droits sociaux (C).

### *A. Les droits fondamentaux au prisme de leur justiciabilité*

Prolongeant la différence des axiologies libérale et néolibérale d'une part et interventionnistes d'autre part, les droits qui relèvent de chacune d'elles ne sont pas placés sous le même régime juridique, aussi bien en droit international qu'en droit interne. Bien qu'insérés dans des normes juridiques de valeur supérieure – constitution, traités internationaux –, parfois dans

<sup>140</sup> Sur l'activité de la CPI : Y. POIRMEUR, « Les petits pas de la CPI contre l'impunité », in J. LAROCHE (dir.), *Passage au crible de la scène mondiale*, L'Harmattan, 2010, p. 70 et s.

le même support, les droits sociaux sont classiquement considérés par la doctrine comme n'étant pas directement applicables en raison des termes trop vagues et trop généraux dans lesquels ils sont formulés et de la nécessité d'une intervention positive de l'État – un programme d'action – pour parvenir au résultat voulu alors que les droits civils et politiques, dits de première génération, exigent seulement de l'État une abstention d'agir. Dans ces conditions, décider judiciairement de la mise en application d'un droit créance a été analysé par la doctrine comme susceptible de contrevenir au principe de la séparation des pouvoirs, notamment en raison de ses implications financières et budgétaires, et irréaliste compte tenu des dispositifs administratifs complexes à concevoir<sup>141</sup>. D'où la « *présomption d'injusticiabilité* »<sup>142</sup> de ces droits, qui restent dans les limbes juridiques, tant que les pouvoirs compétents n'ont pas décidé de les rendre effectifs<sup>143</sup>. On retrouve cette différence de traitement, accentuée encore du fait de « *l'hétérogénéité politique, idéologique, culturelle, économique, sociale des entités composant la société internationale* » en droit international des droits de l'homme, où « *non seulement les priorités ne sont pas les mêmes d'un État à l'autre (ici les atteintes à la liberté, là les conditions de vie dégradantes dues à la misère), mais (où) surtout les systèmes de valeurs sur lesquels reposent les communautés étatiques sont trop différents pour que les notions de 'liberté' ou de 'sécurité' (au sens large) soient comprises de manière identique partout dans le monde* »<sup>144</sup>. Sans surprise, les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux ne bénéficient donc pas des mêmes mécanismes de contrôle et de protection<sup>145</sup>, ni de la même portée dans les divers ordres juridiques où leur justiciabilité varie<sup>146</sup>. Il

**141** Sur la construction de ces distinctions doctrinales entre dispositions du préambule de la Constitution de 1946 : Y. POIRMEUR, *op. cit.*

**142** D. ROMAN, « Introduction », in D. ROMAN (dir.), *op. cit.* (n. 1).

**143** Selon C. GREWE, « aucune constitution » reconnaissant des droits économiques et sociaux « ne permet aux justiciables de se plaindre devant un juge national au seul vu du texte constitutionnel ; autrement dit, les droits économiques et sociaux ne sont pas des droits subjectifs, ils ne sont pas directement applicables » (« La prise en compte des droits économiques et sociaux par les constitutions européennes », *Revue des affaires sociales*, 1996, n° 4).

**144** F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2003, p. 51.

**145** Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels comporte des dispositions trop vagues pour être invoquées directement devant la juridiction administrative française : CE, 5 mars 1999, *Rouquette*.

**146** Cependant en droit international, les droits inscrits dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sont invocables dans les litiges entre États devant la Cour internationale de justice : en effet, ans son avis sur la construction du mur [...] entrave [...] l'exercice par les intéressés des droits au travail, à la santé, à l'éducation et à un niveau de vie suffisant tel que proclamés » par le pacte (§ 133-134) et sans que soient réunies les exigences que son article 4 impose à toutes limitations notamment le fait qu'elles doivent viser « exclusivement » à « favoriser le bien-être général dans une société démocratique » (§ 136). Sur l'importance de cette reconnaissance de l'article 11 dans

en va également ainsi du droit européen des droits de l'homme<sup>147</sup>, où la mise en mouvement du mécanisme de contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme permet à la marge, notamment par le biais du respect du droit à un procès équitable, de protéger certains droits sociaux. La justiciabilité différentielle des droits fondamentaux dans les ordres juridiques internationaux, régionaux et nationaux, et dans chacun d'eux des libertés économiques et des droits sociaux, induit des discontinuités entre eux aux conséquences diversifiées sur le respect et la portée de ces droits.

### ***B. Les droits fondamentaux à l'épreuve de la discontinuité des ordres juridiques***

La tradition est longue des juridictions nationales et internationales, qui dans les moments de félicité créative où elles font preuve d'audace, utilisent toutes les ressources offertes par les sources pour réduire les discontinuités entre les ordres normatifs. De l'invention des principes généraux du droit par le Conseil d'État pour activer une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dépourvue de valeur juridique tant qu'elle n'a pas été incorporée dans le préambule de la Constitution de 1946, à leur mobilisation par la Cour de justice des communautés européennes pour assurer la garantie dans l'ordre communautaire des droits de l'homme garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, en passant par l'identification par la CIJ de normes impératives du droit international (M. Á. Martín López) et par l'utilisation par le juge judiciaire de l'effet horizontal de cette même Convention pour en appliquer certaines dispositions à la liberté contractuelle (N. Bareit), c'est grâce à un riche arsenal jurisprudentiel de micro-procédés juridiques que les juridictions contournent peu à peu les obstacles de la discontinuité des ordres normatifs. Comme ces discontinuités recouvrent généralement des discontinuités politiquement consacrées entre des référentiels de protection des droits fondamentaux, leur dépassement jurisprudentiel peut avoir de fortes incidences non seulement sur la définition

la justiciabilité d'un droit international de l'alimentation : C. NIVARD, « Le droit de l'alimentation », in D. ROMAN (dir.), *op. cit.* (n. 1), p. 248.

**147** La Charte sociale européenne (18 octobre 1961) oblige les parties contractantes à adresser tous les deux ans un rapport sur son application à un comité d'experts (Comité européen des droits sociaux) dont les conclusions sont, après filtrage, présentées au Comité des ministres du Conseil de l'Europe ; un système de réclamations collectives devant le Comité européen des droits sociaux est ouvert aux seules organisations de travailleurs et d'employeurs permet de dénoncer la non-conformité de dispositions nationales à la Charte, et donne lieu à la formulation d'un rapport consultatif, transmis au Comité des ministres qui peut, en cas de non conformité adopter une résolution invitant l'État à modifier sa législation.

et la portée des droits garantis, mais aussi sur leur effectivité (K. Garcia<sup>148</sup>). Ainsi, en renonçant à leur nationalisme juridique à l'égard du droit communautaire – avant que ne soient constitutionnalisés par la France ses rapports avec l'Union européenne<sup>149</sup> confortant la totale intégration du droit européen au droit interne<sup>150</sup> – et, dans une moindre mesure, du droit international<sup>151</sup>, la Cour de cassation d'abord, le Conseil d'État<sup>152</sup> ensuite ont provoqué la reconfiguration de nombreux dispositifs d'attribution de droits sociaux<sup>153</sup>, et sous l'effet de la jurisprudence antiprotectionniste de la CJUE (F. Riem)<sup>154</sup> laissé se développer un « *dumping social* » qui pousse les États dont le droit du travail et la législation sociale sont les plus avancées à grignoter peu à peu les protections accordées pour restaurer leur compétitivité. Inversement en introduisant une discontinuité entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'Union européenne, la CJUE a dans l'arrêt *Kadi*<sup>155</sup> protégé des droits fondamentaux en matière de lutte contre le terrorisme à l'égard desquels l'ordre juridique international était insensible. Cet effort d'articulation des droits réalisé en ordre dispersé, par les autorités normatives des différents ordres juridiques et/ou leurs juridictions, est encore très loin d'avoir abouti à leur intégration dans un système cohérent de protection des droits de l'homme. Le diagnostic est souvent sévère, à l'égard de ces processus d'articulation partiels qui tournent plutôt, comme c'est le cas dans l'Union européenne, à l'avantage des libertés économiques. Provoquant ainsi des transferts de pouvoirs aux acteurs économiques, ils laissent s'étendre la régulation privée d'inspiration néolibérale des espaces économiques mondialisés et ne procurent pas d'instruments pour la domestiquer en lui imposant d'autres logiques. M. Delmas-Marty constate le désolant spectacle de « *ce jeu de règles éparées, peu accessibles et incertaines* » qui « *désorganise l'ordre interne et perturbe les règles traditionnelles des conflits de lois sans leur substituer la cohérence d'un véritable ordre international* »<sup>156</sup>. Et V. Champeil-Desplat que

**148** La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes morales par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas sans incidence sur ceux des personnes physiques, même si le juge prend soin dans sa jurisprudence constructive, d'en doser soigneusement la portée. Sur la reconnaissance de ces droits fondamentaux aux partis politiques : Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, *Droit européen des partis politiques*, Ellipses, 2007.

**149** Constitution, Titre XV, art. 88-1.

**150** Conseil Constitutionnel, 10 janvier 2004, déc. n° 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, considérant 7 ; CE, 8 février 2007, *Société Arcelor et autres*.

**151** CE, 23 avril 1997, *Gisti* ; CE, 6 juin 1997, *Aquarone* ; CE, 3 novembre 1999, *Groupeement de défense des porteurs de titres russes* ; CE, 3 décembre 2001, *Syndical national de l'industrie pharmaceutique*.

**152** Sur ces mutations jurisprudentielles : F. BUSSY et Y. POIRMEUR, *op. cit.*, p. 119-120.

**153** Notamment l'extension aux hommes de droits qui n'étaient attribués qu'aux femmes.

**154** Les affaires *Vicking* et *Laval* sont topiques de cette mise en concurrence très défavorable aux mécanismes de protection sociale avancés.

**155** CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*.

**156** M. DELMAS-MARTY, préface citée, *op. cit.* (n. 121), p. 8.

« ce sont avant tout les ordres juridiques supranationaux visant à libéraliser les échanges économiques qui consacrent avec générosité la fundamentalité des libertés économiques »<sup>157</sup>. Quant au traitement « différentiel des illégalismes »<sup>158</sup>, relevé par M. Foucault, il est redoublé par leur géométrie variable résultant de la discontinuité persistante des ordres juridiques : les acteurs internationaux peuvent ainsi se jouer des différences de législation d'un pays à l'autre, et à un niveau plus élevé des différences d'interprétations des droits fondamentaux d'une région du monde à l'autre.

### C. Les droits fondamentaux à l'épreuve des arbitrages et des interprétations

L'invocation d'un droit fondamental n'offre d'intérêt que si sa conciliation avec d'autres droits ne le vide pas de sa substance ou ne réduit pas excessivement sa portée. À cet égard, la façon de les interpréter est essentielle, une fois admis qu'ils relèvent bien du droit positif et n'ont pas seulement un caractère seulement déclaratoire ou programmatique. La question de leur arbitrage – tout comme celle de l'établissement de continuités ou de discontinuités entre les ordres juridique – est éminemment politique. Les différentes contributions montrent que les juridictions la tranchent prudemment<sup>159</sup>, exposées qu'elles sont à l'accusation de suivre la pente glissante du « *gouvernement des juges* »<sup>160</sup>. Elles sont aussi soucieuses lorsqu'elles se lancent dans des jurisprudences constructives de ne pas être débordées par des innovations dont elles n'auraient pas mesuré la portée (K. Garcia). D'où aussi le recours à des techniques de contrôle extrêmement sophistiquées – contrôle de proportionnalité, contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation – qui permettent au juge de tenir compte de paramètres diversifiés et de procéder au cas par cas<sup>161</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'arbitrage des libertés économiques et d'autres droits fondamentaux tourne souvent à l'avantage des premières. C'est vrai en droit

**157** V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011.

**158** Sur l'évolution de « l'économie des châtimements » et l'évolution de la pénalité au XVIII<sup>e</sup> siècle et la sévérité de la justice à l'égard des pauvres qui prend « *des allures bourgeoises de justice de classe* » : M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. « Tel », 1995, p. 89-93.

**159** Les mots qui reviennent ainsi le plus fréquemment pour caractériser l'attitude du juge européen dans la contribution de N. BAREIT sont prudence, réserve, scrupules. Il souligne aussi que la Cour de Strasbourg préfère se placer sur le terrain de la violation des droits procéduraux, plutôt que de se prononcer sur la résolution du conflit entre les droits substantiels qui lui est soumis.

**160** Sur ce reproche classique : S. BRONDEL *et alii*, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.

**161** L'une des conséquences lourdes de cette sophistication est la difficulté qu'a la doctrine à dégager clairement les règles d'une jurisprudence d'espèces.

international, où F. Collart Dutilleul le constate à propos du droit à l'alimentation : si tous devraient être traités sur un pied d'égalité, « *concrètement tous ne se valent pas* ». C'est vrai en droit constitutionnel<sup>162</sup>, où la sollicitude du Conseil constitutionnel n'est pas la même pour les libertés individuelles ou collectives de type classique<sup>163</sup> et les droits sociaux<sup>164</sup>, et où la conciliation des droits qu'il réalise au cas par cas – sans instaurer de hiérarchie entre normes de valeur constitutionnelle<sup>165</sup> – confine parfois à l'absurde<sup>166</sup>. C'est aussi vrai en droit européen où, comme l'écrit F. Riem, les « *libertés économiques [...]*

**162** Pour une analyse : Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999.

**163** Un grand nombre de principes sont à protection variable : il en va ainsi de la liberté d'entreprendre qui, aux termes de la décision 82-141 DC, n'est « *ni générale, ni absolue* ». Le législateur peut donc lui apporter des « *limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles* » et exercer un contrôle de proportionnalité des atteintes (CC, déc. 2000-433 DC).

**164** Selon X. PRÉTOT, lorsqu'il s'agit de principes classiques, « *la compétence du législateur est étroitement liée sous réserve pour l'essentiel des nécessités tirées de la conciliation avec d'autres principes d'égale valeur* ». « *Lorsque le principe se rapporte au contraire à un vrai droit social, à un droit créance, le Conseil constitutionnel, s'il en reconnaît le caractère éminent sur le fondement du Préambule de 1946, n'en admet pas moins, quant à sa mise en œuvre, un large pouvoir d'appréciation au parlement et au gouvernement dans l'exercice de leurs compétences respectives* » (X. PRÉTOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit social*, 1991, p. 187).

**165** Certains principes n'en ont pas moins davantage d'importance que d'autres : B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. p. 211 et s.

**166** À propos du droit à la santé : A.-M. LE BOS-LE POURHIET (« À propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce-Pilate », *Pouvoirs*, n° 59, 1991) explique que « *Sous prétexte par exemple que deux droits ou deux libertés sont mentionnés dans un même texte (conventionnel, constitutionnel ou simplement législatif) on en déduit curieusement qu'ils ont la même valeur même valeur, et, rigueur et logique juridiques obligent, qu'ils doivent être conciliés. On ne se demande pas si, éventuellement, l'un de ces droits n'aurait pas une valeur morale ou sociale éminemment supérieure à l'autre, méritant que ce dernier soit sacrifié. Ainsi, si la liberté d'entreprendre est consacrée par la jurisprudence constitutionnelle, elle a forcément la 'même valeur' que la protection de la santé, elle-même inscrite dans le préambule de la Constitution. On arguera donc devant le Conseil constitutionnel que l'interdiction de la propagande et de la publicité en faveur de l'alcool ou du tabac porte au droit de propriété une atteinte qui en 'dénature la portée'. Et comme à des questions idiotes on est souvent contraint de répondre aussi sottement, le Conseil constitutionnel explique en retour que le principe constitutionnel de protection de la santé est correctement concilié avec le non moins constitutionnel droit de propriété, car le législateur s'est 'borné' à limiter la publicité sans la prohiber totalement [...]. Voilà qui réjouira le complexe militaro industriel : à quand la 'conciliation' jurisprudentielle entre le droit à la paix et la liberté d'entreprendre des marchands de canons ? La libre entreprise et le droit d'embaucher avaient également été invoqués de la sorte lors des débats parlementaires précédant la loi d'interdiction du travail des enfants. Ne serait-il pas plus franc d'admettre une fois pour toute qu'à l'intérieur d'un même texte ou d'un même corpus de normes, il peut y avoir des dispositions d'inégale valeur, et qu'il n'y a pas de 'droits de', ni de 'droits à' qui tiennent face à la protection de la santé, de la vie et de la dignité humaine ? Mais il reste à savoir s'il appartient au juge de porter de tels jugements de valeur* ». Le même reproche vaut pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : F. RIEM observant que « *tout se vaut dans le droit néolibéral : la liberté d'entreprise (art. 16) y côtoie le droit d'action collective (art. 28)* » et que la « *rhétorique des droits fondamentaux conduit au nivellement des valeurs, à l'abolition de toute hiérarchie entre elles* ».



*jouent le rôle d'un 'filtre' et 'tamisent' les droits fondamentaux pour ne laisser passer que ceux qui apparaissent nécessaires ou compatibles avec l'intégration économique ».*

La fundamentalité d'un droit ne lui conférant aucun caractère absolu, c'est la façon dont le juge le concilie avec d'autres droits du même genre ou des exigences d'intérêt général, qui détermine le niveau de protection que ce droit reçoit à un moment donné. Et comme son interprétation est non seulement tributaire de ses propres croyances et intérêts – comme l'a montré E. Lambert dans son étude pionnière sur la lutte de la judicature américaine contre la législation sociale au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>167</sup> – mais aussi de l'état des rapports de forces politiques<sup>168</sup>, de la conjoncture idéologique et plus généralement de la situation<sup>169</sup> dans laquelle il la produit<sup>170</sup>, les garanties offertes par la caractérisation d'un droit comme fondamental peuvent paraître assez minces, en tout cas décevantes, pour tous ceux qui ne hiérarchisent pas les valeurs de la même façon que le juge et voient donc la « rhétorique des droits fondamentaux » sinon, à la manière de Marx, comme une sorte de supercherie<sup>171</sup>, du moins comme reposant

**167** E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* [1921], Dalloz, 2005. Il explique que « le jour où la judicature française aurait conquis à son tour le contrôle de la constitutionnalité des lois, elle retrouverait dans notre Déclaration des droits toutes les pièces constitutives de l'instrument à quatre cordes que j'ai décrit sous le nom de due process of law et qui a servi aux judicatures américaines à plier les législatures sous leur suprématie. Le même jeu subreptice et patient des décisions constitutionnelles qui a permis à la jurisprudence américaine entre 1883 et 1900 d'enserrer la législation dans un réseau chaque jour plus dense de limitations constitutionnelles permettrait sans doute à la nôtre d'arriver dans le même délai à ligoter aussi solidement le législateur français. Les masses ouvrières, d'abord indifférentes à ce travail d'apparence trop technique de l'interprétation constitutionnelle et rassurées d'ailleurs sur sa destination par les étiquettes flamboyantes - constitution, déclaration des droits, droit naturel, loi fondamentale du pays- collées sur le mur de clôture du chantier judiciaire, ne commenceraient sans doute, comme en Amérique, à s'émouvoir sérieusement de la gêne apportée à leur propagande réformatrice par le barrage constitutionnel édifié derrière la palissade de droit naturel, qu'au moment où ce barrage serait déjà arrivé à un degré de consolidation assez avancé pour résister même à une poussée semblable à celle qui s'est exercée aux États-Unis pendant la seconde décennie du XX<sup>e</sup> siècle, sous la forme de l'agitation en faveur du recall. » (p. 227-228).

**168** D. ROSENBERG a indiqué au cours de la table ronde que la prudence de la CIJ vis-à-vis du *jus cogens* devait aussi se comprendre sous ce rapport.

**169** Ainsi dans les conjonctures de stress de guerre contre le terrorisme, après les attentats du 11 septembre, la pondération judiciaire accorda un poids considérable aux considérations sécuritaires au détriment des libertés : M. ROSENFELD, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in H. LAURENS et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS-Éditions, 2010, p. 219 et s.

**170** La lecture des arrêts de la Cour de Strasbourg révèle qu'elle s'appuie sur de nombreux éléments de *soft law* (lignes directrices et recommandations élaborées par le Conseil de l'Europe, souvent sur la base d'enquête de droit comparé réalisés dans les pays membres) pour se prononcer sur la conventionnalité des ingérences qui lui sont soumises.

**171** L'idéal du droit proclamé étant loin d'être atteint, ce désenchantement peut conduire à cette conclusion pessimiste. D'ailleurs, le procédé consistant à affirmer la fundamentalité d'un droit finalement assorti d'importantes restrictions décidées au fil du temps par la jurisprudence n'est



sur une « *conception délétère des droits de l'homme* »<sup>172</sup> qui en « *faisant réagir les droits les uns sur les autres, les fait jouer les uns contre les autres* »<sup>173</sup>. Faire de certains droits des droits fondamentaux et les placer au sommet de la hiérarchie des normes juridiques est, quoi qu'il en soit, un procédé à lui seul insuffisant pour en assurer l'effectivité. Ce diagnostic largement partagé a conduit à explorer quels mécanismes permettraient de l'atteindre dans le cas de droits aussi élémentaires que vitaux, comme le droit à l'alimentation, c'est-à-dire des droits à compatibilité négative.

### III. ENQUÊTES SUR LE RENFORCEMENT DE L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX À COMPATIBILITÉ NÉGATIVE

Comme le montre F. Collart Dutilleul en prenant le droit à l'alimentation comme analyseur de l'effectivité des droits fondamentaux à compatibilité négative, c'est bien l'axiologie néolibérale qui désormais domine les dispositifs de protections. L'identification des prérogatives dont ce *droit vide* a été progressivement doté en révèle la prégnance. Le travail de définition et de clarification de la notion et du contenu *a priori* multiforme du droit à l'alimentation effectué dans différentes instances internationales<sup>174</sup> qui lui a donné d'abord ses contours et sa consistance en distinguant les différentes dimensions qu'ils comporte<sup>175</sup> – « *respecter, protéger et réaliser* » – et en les

---

pas sans rappeler « l'astuce » consistant à garantir l'entière liberté et d'abandonner leur application – les *détails* – à l'application de lois subséquentes », dénoncée par K. MARX à propos des droits toujours garantis sous réserve d'exceptions qui leur enlève au gré du pouvoir toute portée. Il conclut au caractère « *charlatanesque de cette constitution* » (p. 164) dans laquelle il voit « *d'un bout à l'autre un tissu de belles paroles qui cachent un dessein infiniment perfide* » (p. 162). In « La constitution de la république française adoptée le 4 novembre 1848 », in K. MARX, *Les luttes de classes en France*, Folio, 2007, p. 151 et s.

**172** A.-M. LE BOS-LE POURHIET, *op. cit.* (n. 166), p. 160.

**173** Y. POIRMEUR, *op. cit.*, p. 327.

**174** Ces facettes de la construction du droit à l'alimentation comme droit de l'homme et la distinction trinitaire ont pour origine le rapport du 7 juillet 1987 d'Abjorn Eine, rapporteur de la sous-commission sur le droit à l'alimentation suffisante : C. NIVARD, art. cit. (n. 146), p. 246 ; J. ZIEGLER, « Rapport préliminaire sur le droit à l'alimentation », in J. ZIEGLER, *op. cit.* (n. 100), p. 68 et s.

**175** Sur les différents aspects du besoin d'eau et la difficulté du droit à les protéger tous : N. BELAÏDI, « L'eau un enjeu de justice environnementale », in G. SCHNEIDER-MADANES (dir.), *L'eau mondialisée. La gouvernance en question*, La Découverte, 2010, p. 359. L'auteur note que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (observation n° 15, Droit à l'eau, 29<sup>e</sup> session du 11 au 29 septembre 2002, Genève, doc. E/C. 12/2002/11) ne fait référence qu'à la quantité d'eau nécessaire pour assurer les usages personnel et domestique (consommation, assainissement individuel, lavage du linge, préparation des aliments, hygiène personnelle et domestique) « sans qu'entre en considération l'origine de cette eau ».

rattachant à des référentiels différents de protection des droits de l'homme par l'État – des abstentions<sup>176</sup>, de la réglementation et de la police des marchés<sup>177</sup>, des obligations positives<sup>178</sup>, comme la fourniture d'alimentation relevant de programmes d'aides<sup>179</sup>, aboutit finalement – en dehors même du fait qu'il est comme en tant que droit social « assorti de certaines réserves »<sup>180</sup> à ce qu'il soit « principalement mis en œuvre par le fonctionnement même du marché, en ce que celui-ci conduit par sa conception et sa fonction à la sécurité alimentaire. En tant que de besoin et dans la mesure où le marché n'atteint pas totalement son objectif, la mise en œuvre du droit à l'alimentation est complétée par une aide alimentaire publique »<sup>181</sup>.

À côté des solutions idéales qui consisteraient à construire une hypothétique *souveraineté transcendante*<sup>182</sup>, à constituer une *citoyenneté de la multitude*<sup>183</sup> ou encore, plus modestement, à bâtir un *ordre juridique international économique*, qui, sous la forme d'un « accord multilatéral de droit interna-

**176** S'abstenir de couper l'accès à l'alimentation (qu'illustre l'avis de la CIJ dans l'affaire de la construction du mur en territoire palestinien).

**177** Empêcher que des entreprises ou des particuliers privent les individus de l'accès à une nourriture suffisante.

**178** Ces obligations en droit européen des droits de l'homme visent à « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, § 24-26).

**179** Notamment « distribuer des vivres ».

**180** Dans son rapport J. ZIEGLER précise que « conformément au paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : chacun des États parties [...] s'engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles (en vue d'assurer) progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent pacte par tous les moyens appropriés... ». Selon lui « cela signifie que l'on n'attend pas d'un pays pauvre qu'il assure immédiatement les mêmes prestations qu'un pays riche. Toutefois, même le pays le plus pauvre est tenu d'assurer le maximum de ressources dont il dispose, et au moins, la satisfaction de l'essentiel des droits économiques sociaux et culturels. La notion de réalisation progressive ne peut être invoquée pour justifier la persistance de l'injustice et de l'inégalité. Elle exige des États qu'ils veillent à améliorer constamment la capacité de chacun à se nourrir et à éliminer la faim. Cela implique aussi le 'principe de non-régression', selon lequel l'État ne doit pas adopter de politiques régressives susceptibles d'entraîner une détérioration de l'accès à l'alimentation. Ce que peuvent faire les États, c'est adopter un plan d'action assorti d'objectifs concrets et de délais précis et suivre les progrès accomplis au fil du temps afin de mesurer la réalisation progressive » (op. cit. [n. 100], p. 73-74).

**181** Pour des illustrations d'effets destructeurs de cette priorité donnée aux marchés : E. WAGENHOFER et Max ANNAS, *Le marché de la faim*, Babel, 2007 ; pour des exemples des effets de l'accord OMC sur l'agriculture : J. ZIEGLER, op. cit. (n. 100), chap. 5, « Commerce internationale et droit à l'alimentation », p. 105 et s.

**182** C.-A. MICHALET, « Souveraineté nationale et mondialisation », in J. LAROCHE (dir.), op. cit. (n. 140), p. 40.

**183** Pour M. HART et A. NEGRI, la multitude est devenue « la chair même de la production post-moderne » (*Multitude*, La Découverte, 2004, p. 127). Elle est le résultat de l'exigence imposée par le capitalisme « d'une mobilité croissante de la main d'œuvre et des migrations continuelles à travers les frontières. [...] Partant l'exigence politique est que le fait existant de la production capitaliste soit reconnu juridiquement, et que tous les travailleurs obtiennent des droits de citoyenneté à part entière. Dans les faits, cette exigence politique insiste, dans la postmodernité, sur le principe constitutionnel moderne et fondamental qui lie le droit au travail et récompense par la citoyenneté le travailleur qui crée du capital » (M. HART et A. NEGRI, *Empire*, Exils, 2000, p. 481). La multitude sera le sujet de

*tional public* »<sup>184</sup> adopté par les États, poserait une *lex economica*, plusieurs suggestions ont été faites pour donner davantage d'effectivité à ce droit si fondamental à l'alimentation, comme celle d'en faire une composante de l'ordre public (J.-B. Racine), mais il s'agit d'un concept ambivalent servant aussi bien à protéger les libertés qu'à les limiter ; de hiérarchiser les droits fondamentaux, en distinguant les besoins vitaux de ceux qui ne le sont pas (J.-B. Racine), mais on sait la fragilité anthropologique de la classification des besoins<sup>185</sup> ; de distinguer, en s'inspirant des travaux de Samuelson, des catégories de biens en les soumettant à des régimes différents – biens individualisables / biens collectifs, biens appropriables / biens non appropriables<sup>186</sup> ; d'utiliser le concept de dignité pour accorder une priorité aux droits fondamentaux des individus sur ceux des personnes morales (K. Garcia) ; de le protéger en recourant aux droits des groupes, le droit des peuples, et naturellement à celui des peuples autochtones ; enfin d'en faire clairement une norme du jus cogens. La richesse de ces ressources normatives mobilisables, même si toutes ne sont sans doute pas pertinentes, indique que le droit à l'alimentation peut avoir des fondements diversifiés<sup>187</sup>. Mais c'est – au-delà du constat réaliste d'Alain Bernard que finalement « *la solution, pour les dominés, reste, encore et toujours, la sédition* » – l'idée avancée par H. Muir Watt qui paraît la plus prometteuse : celle de la « *politisation du droit international privé dans la gouvernance globale* ». En effet, comme la réussite du néolibéralisme repose sur l'élimination du politique de la régulation d'un ensemble d'espaces économiques mondialisés livrée aux seuls intérêts économiques<sup>188</sup>, à leurs fidèles

la citoyenneté mondiale. Elle sera « *la chair vivante qui se gouverne elle-même [...] le seul sujet social capable de réaliser la démocratie, c'est-à-dire le gouvernement de tous par tous* » (p. 126).

- 184** W. ABDELGAWAD, « Jalons de l'internationalisation du droit de la concurrence : vers l'éclosion d'un ordre juridique mondial de la *lex economica* », *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 2001, p. 161 et s.
- 185** Ainsi B. K. MALINOWSKI a-t-il voulu dégager de l'étude de la nature humaine une liste de besoins dont il a doublé la détermination plus ou moins arbitraire d'un classement peu convaincant, dont chaque culture assure le traitement par des institutions économiques, politiques, juridiques, éducatives. Le fonctionnalisme assis sur la manière de répondre à ces besoins (fonctionnalité/dys-fonctionnalités) a pour inconvénient majeur sa circularité. B. K. MALINOWSKI, *Une théorie scientifique de la culture* [1944], Payot, 1970.
- 186** Sur la proposition de la Norvège de faire de la sécurité alimentaire et de l'agriculture un bien public, pour justifier « *un seuil minimum de production agricole interne en Norvège pour garantir une autosuffisance partielle (50 %) parallèlement aux échanges commerciaux* » et sur celle de pays en développement demandant pour que soit créée une « *catégorie sécurité alimentaire* » (consubstantielle de la sécurité nationale) au titre laquelle une exonération leur permettrait de protéger leur produits alimentaires de base : J. ZIEGLER, *op. cit.* (n. 100), p. 116-117.
- 187** Comme il conditionne l'existence même des individus, comme le droit à l'eau, – le droit à la vie donc – il ne saurait être considéré seulement comme un droit économique et social et relève aussi des droits civils et politiques.
- 188** M. DELMAS-MARTY estime qu'ont été transférées aux acteurs économiques des compétences quasi législatives : *in* « Préface » citée, *op. cit.* (n. 121), p. 8 ; C.-A. MICHALET estime quant à lui que le mouvement de globalisation aboutira à ce que « *la régulation du système mondial au*

experts<sup>189</sup>, aux arbitres qu'ils choisissent, il faut logiquement l'y réintroduire pour le combattre. Pluraliser par d'autres intérêts<sup>190</sup> que ceux des acteurs économiques les instances transnationales de régulation et leurs arènes d'expertises ; rendre de l'autonomie aux juges et aux arbitres vis-à-vis des intérêts économiques et du seul souci de l'efficacité des marchés en leur présentant des argumentations juridiques diversifiées, sensibles aux considérations humaines, soucieuses de la vulnérabilité des personnes<sup>191</sup> et de la fragilité de la vie<sup>192</sup> ; exploiter, par un activisme judiciaire prenant le *droit au sérieux*<sup>193</sup> et inspiré par la *conscience du droit*<sup>194</sup>, toutes les voies de droit et toutes les ressources normatives disponibles ; faire du prétoire un lieu de lutte entre des intérêts différents construits juridiquement : tels sont les moyens de politiser les débats qui se déroulent dans ces arènes juridictionnelles, et ainsi, par l'imagination juridique, d'éveiller les forces créatrices du droit qui y sommeillent. Ce sont là les tâches exaltantes qui s'offrent à la doctrine<sup>195</sup>. Alors que le juge et l'arbitre prennent une part croissante à la production normative, elle peut

*sens de réglementation ne reposera plus sur des lois nationales ou des traités internationaux. Elle sera effectuée par des agences de régulation et de notation. Leur compétence sera sectorielle : finance, banque, assurance, environnement, énergie, contrôle de qualité, santé, hygiène, gestion du net et des médias, arbitrage des conflits commerciaux ou industriels. Leur légitimité reposera sur différents facteurs : leur indépendance statutaire envers les États, l'expertise de leurs membres et la transparence des procédures. Leur autorité sera garantie par l'intérêt des acteurs de la mondialisation à faire partie du 'club' pour être admis à bénéficier des biens et services collectifs des agences. Leur adhésion sera volontaire, mais toute éventuelle exclusion leur serait très préjudiciable. Dans ces conditions, il n'est pas impossible que cette forme de régulation à caractère professionnel, voire corporatiste, favorise des ententes, des collusions entre les entités concernées, y compris la formation de cartels » (art. cit. [n. 182], p. 43).*

**189** Sur les « éconocrates » des organisations internationales : S. STRANGE, *op. cit.* (n. 5), p. 271 et s.

**190** Sur le rôle des activistes environnementalistes et leurs répertoires d'action : N. BELAÏDI, art. cit. (n. 175), p. 361.

**191** C. GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care* [1982], Flammarion, 2008 ; J. BUTLER, *Vie précaire*, Éditions d'Amsterdam, 2005 ; J. TRONTO, *Un monde vulnérable. Pour une politique du care*, La Découverte, 2009.

**192** Sur l'heuristique de la peur comme base d'un nouveau principe de responsabilité à l'égard de la nature et des générations futures : H. JONAS, *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 2008, p. 34 et s. et 83 et s. ; Y. POIRMEUR, « La responsabilité envers les générations futures au prisme de la science politique », in J.-P. MARKUS (dir.), *Quelle responsabilité envers les générations futures ?*, Dalloz, 2012, p. 51-63.

**193** On fait ici référence au titre de l'ouvrage de R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, qui poursuit une passionnante exploration du rôle et de la légitimité du juge dans l'interprétation du droit et la production normative (la question de la « chaîne du droit » dans laquelle il serait pris, celle de son « intégrité », de son « devoir d'être juste ») dont les lignes de force sont exposées dans *L'empire du droit*, PUF, 1994.

**194** C. LEFORT, *L'invention démocratique*, Fayard, 1994. Sur les « luttes inspirées par la notion des droits » : p. 45 et s. Selon lui, « la dimension symbolique du droit se manifeste à la fois dans l'irréductibilité de la conscience du droit à toute objectivation juridique, qui signifierait sa pétrification dans un corps de loi, et dans l'instauration d'un registre public où l'écriture des lois — comme écriture sans auteur — n'a d'autre guide que l'impératif continué d'un déchiffrement de la société par elle-même » (p. 69-70).

**195** Sur la justice comme arène subversive et le rôle que les légistes peuvent jouer dans ces luttes : L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009.

en devenir l'interlocuteur privilégié et, au-delà de l'art subtil<sup>196</sup> *de suggérer tous les possibles pour faire advenir* celui qui est préférable, renouer, peut-être, avec la grande tradition doctrinale des *bâtisseurs de systèmes*<sup>197</sup>.

On l'aura compris, en prenant pour thème de réflexion « *droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques* », c'est le visage le plus lumineux de la doctrine juridique que ce colloque nous a donné à voir : celui qu'elle présente lorsque, par une libre recherche scientifique, elle s'efforce de découvrir des solutions innovantes, de les formuler logiquement et de les argumenter de façon convaincante pour emporter l'adhésion du juge ou du législateur, et au-delà, celle de l'opinion publique ; celui qu'elle montre lorsque, loin de toute servilité vis-à-vis d'intérêts particuliers, elle a pour seul souci de servir généreusement la cause de l'humanité.

<sup>196</sup> J. CARBONNIER, « Notes sur les notes d'arrêts », *D.* 1970, p. 138.

<sup>197</sup> J. RIVERO, « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », *D. chr.* XXIII, 1951, p. 99 et s. Tout conduit à penser que c'est à partir de l'ordre du marché que l'ensemble du droit se recompose. C'est sans doute ce prisme qui permettrait d'en saisir la logique entière.

## Les Auteurs

303

**BAREÏT Nicolas** – Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (CDRE)

**BERNARD Alain** – Agrégé des Facultés de droit, Professeur à la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne (CDRE)

**COLLART DUTILLEUL François** – Professeur à l'Université de Nantes, Membre de l'Institut Universitaire de France, Directeur du programme Lascaux

**DISSAUX Nicolas** – Maître de conférences à l'Université de Nantes

**DUMONT Léa** – Doctorante à la Faculté de Bayonne

**DUMOULIN Lisa** – Maître de conférences en droit privé à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, HDR (CDRE)

**GARCIA Kiteri** – Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour (CDRE)

**MARTIN-LOPEZ Miguel-Ángel** – Professeur à l'Université de Séville

**MARTÍN LÓPEZ Miguel Ángel** – Professeur à l'Université de Séville

**MUIR WATT Horatia** – Professeure des universités à l'École de droit de Sciences-po

**PIRONON Valérie** – Professeur à l'Université de Nantes

**POIRMEUR Yves** – Professeur de science politique à l'Université de Versailles Saint-Quentin

**RACINE Jean-Baptiste** – Professeur à l'Université de Nice

**RIEM Fabrice** – Maître de conférences HDR à la Faculté de Bayonne

**ROSENBERG Dominique** – Professeur à l'université Paris-Est Créteil

**SOZZO Gonzalo** – Professeur à l'université du Littoral à Santa Fe en Argentine

**YAMTHIEU Sylvestre** – Docteur en droit, membre du programme Lascaux



## Table des matières

305

	Programme européen de recherches Lascaux.....	7
COLLART DUTILLEUL François	Préface.....	9
RIEM Fabrice	Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques. Introduction.....	13

### **PREMIÈRE PARTIE**

#### **Les droits fondamentaux, entre dimension individuelle et dimension collective**

RIEM Fabrice	Les droits sociaux fondamentaux dans le « contrat social » européen .....	33
BAREÏT Nicolas	La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme.....	51
GARCIA Kiteri	Les droits fondamentaux des personnes morales .....	77
DUMOULIN Lisa	Droits fondamentaux et mesures antiterroristes : l'exemple du gel des avoirs des présumés terroristes .....	89
COLLART DUTILLEUL François	Heurs et malheurs du droit fondamental à l'alimentation ....	119
RACINE Jean-Baptiste	Table ronde n° 1 – La nécessité de reconstruire des hiérarchies entre les droits fondamentaux .....	131



**DEUXIÈME PARTIE**

**Les droits fondamentaux,  
entre ordre et désordre(s) publics**

BERNARD Alain	La guerre des farines ..... 153
MARTÍN LÓPEZ Miguel Ángel	Le droit à l'alimentation comme norme impérative générale et la nullité des clauses des traités le transgressant ..... 239
MUIR WATT Horatia	Politique du droit international privé : réflexion critique ..... 245
COLLART DUTILLEUL François	Table ronde n° 2 – Les moyens juridiques d'assurer le respect des valeurs portées par les droits fondamentaux ..... 253
POIRMEUR Yves	Synthèse – Les droits fondamentaux en quête de protection.... 265
Les Auteurs	..... 303
Table des matières	..... 305



## LA FONDATION VARENNE

---

Présidée par Daniel Pouzadoux, la Fondation Varenne, reconnue d'utilité publique, participe à la promotion de la démocratie, de la tolérance et des bonnes pratiques en matière de presse et de communication, au travers de ses nombreux axes d'intervention qui se déclinent en France et à l'international :

- **APPUI À LA PROFESSION**

- par les prix Varenne décernés annuellement aux journalistes, tous médias confondus, sélectionnés par des jurys *ad hoc*, pressentis par la Fondation, parmi les grands noms de la profession ;
- par un soutien aux Écoles de journalisme, sous la forme d'un accompagnement et d'un soutien à la formation, par l'octroi d'aides, sous forme financière ou de dotation en matériel pédagogique ;
- par l'octroi, sous le contrôle de la communauté pédagogique, de bourses aux élèves journalistes à qui leur situation matérielle ne permet pas d'entreprendre ou de poursuivre leurs études en journalisme et communication.

- **ÉDUCATION AUX MÉDIAS**

Ces opérations visent à donner aux jeunes, en collaboration avec les journalistes et les éducateurs, des grilles de lecture et le recul nécessaires à une compréhension responsable de l'information et de la communication. Cette thématique se traduit par des actions réalisées dans les Académies ou au niveau national, avec le Ministère de l'Éducation nationale, les Recteurs et les services académiques, avec, entre autres, la Presse Quotidienne Régionale, le plus souvent représentée par les journalistes de l'ARPEJ.

- **PÉRENNISATION DE L'ACTION D'ALEXANDRE VARENNE**

La Fondation Varenne promeut et met en œuvre toutes actions que son conseil d'administration juge de nature à assurer la pérennisation de l'action d'Alexandre Varenne, dans les domaines liés à ses activités, sa carrière et sa pensée. Ces actions de production et valorisation des savoirs prennent diverses formes et ont conduit à la création de l'Institut Universitaire Varenne.



## • L'INSTITUT

Conformément à ses statuts, la principale mission de l'Institut Universitaire Varenne (IUV), créé le 31 janvier 2013, consiste à encourager la production et la diffusion des connaissances, tant par l'édition d'ouvrages et de revues que par la réalisation d'études et de rapports, l'organisation de séminaires ou de tables rondes ainsi que de toutes autres manifestations à caractère scientifique.

Organisé autour des objectifs de la Fondation Varenne et fidèle à ses valeurs, l'IUV exerce ses missions dans le cadre des thématiques suivantes :

- Démocratie (histoire, valeurs et construction) ;
- Paix (prévention des conflits, réconciliation et promotion du « vivre ensemble ») ;
- Presse (liberté, pluralisme, déontologie et droit de la presse).

Il est présidé par Jean-Pierre Massias, Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour. Magalie Besse en assure la direction.

## • NOS ACTIVITÉS

Outre diverses manifestations scientifiques, l'IUV organise tous les ans un **Concours de thèses**. Il permet aux docteurs, dont les thèses ont été sélectionnées par un jury universitaire prestigieux, de voir financer la publication de leurs travaux dans la **Collection des Thèses** de l'Institut, diffusée par la LGDJ.

L'IUV édite également deux autres collections, diffusées par la LGDJ.

La **Collection Colloques & Essais** permet en premier lieu aux auteurs de promouvoir leurs travaux en constituant un support de publication pour les actes de colloque ou les essais. Les ouvrages portent sur des thèmes variés et liés aux valeurs qui sont au cœur des actions menées par la Fondation Varenne, tels que la liberté et les bonnes pratiques en matière de presse, la protection des droits fondamentaux, la Démocratie et les transitions démocratiques.

Dernière née, la **Collection Comprendre** est quant à elle destinée à présenter, dans un ouvrage synthétique préparé par un spécialiste de la thématique, les informations essentielles relatives à un sujet de droit constitutionnel, de science politique ou de droit de la transition.

L'IUV édite enfin plusieurs **revues**, dont *Est Europa*, *Kultura*, *Les Cahiers du Lonzac* et *Les Cahiers de l'Institut*.

Toutes les informations relatives à nos manifestations scientifiques et à nos éditions sont consultables dans une rubrique spéciale sur le site internet de la Fondation Varenne, de même que l'ensemble des renseignements nécessaires pour candidater au Concours de thèses ou nous proposer une publication.

<http://www.fondationvarenne.com/>

Pour toute question, n'hésitez pas à nous contacter :

[magalie.besse@fondationvarenne.com](mailto:magalie.besse@fondationvarenne.com)



Votre Livre  
de A à Z

Conception  
Maquette  
Mise en page :

**Akilafote.com**



Achevé d'imprimer en juin 2013  
sur les presses d'**Espace Repro**  
63 bis rue Jean Jaurès  
03200 VICHY



